

# REVISTA



**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
DO RIO GRANDE DO NORTE**

ISSN 1677-2261

v. **11**  
n. **1/2**

JANEIRO / DEZEMBRO 2012



# **Revista UNI-RN**

**Centro Universitário do Rio Grande do Norte**

ISSN 1677-2261

v. **11**  
n. **1/2**

JANEIRO / DEZEMBRO 2012

## **LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE**

### **Presidente**

Dr<sup>o</sup>. Manoel de Medeiros Brito

## **CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN**

### **Diretor-Geral**

Prof<sup>o</sup>. Daladier Pessoa Cunha Lima

### **Diretora-Geral Adjunta**

Prof<sup>a</sup>. Ângela Maria Guerra Fonseca

### **Diretora Acadêmica**

Prof<sup>a</sup>. Fátima Cristina de Lara M. Medeiros

### **Diretor Administrativo**

Prof<sup>o</sup>. Édson Luiz Amaral de Oliveira

### **Coordenador de Pesquisa e Pós-Graduação**

Prof<sup>o</sup>. Aluisio Alberto Dantas

### **Coordenadora do Núcleo de Extensão**

Prof<sup>a</sup>. Ângela Maria Guerra Fonseca

### **Coordenadora das Clínicas Integradas**

Prof<sup>a</sup>. Romeica Cunha Lima Rosado

### **Coordenadora do Curso de Administração**

Prof<sup>a</sup>. Catarina da Silva Souza

### **Coordenadora do Curso Superior em**

### **Gestão Comercial**

Prof<sup>a</sup>. Catarina da Silva Souza

### **Coordenadora do Curso de Bacharelado em**

### **Sistemas de Informação**

Prof<sup>a</sup>. Livia Maria Martins da Silva

### **Coordenadora do Curso de Licenciatura em Computação**

Prof<sup>a</sup>. Livia Maria Martins da Silva

### **Coordenadora do Curso Superior de Tecnologia em Redes de Computadores**

Prof<sup>a</sup>. Livia Maria Martins da Silva

### **Coordenadora do Curso de Ciências Contábeis**

Prof<sup>o</sup>. Ridalvo Medeiros Alves de Oliveira

### **Coordenadores do Curso de Direito**

Prof. Walber Cunha Lima

Prof<sup>a</sup>. Lenice Silveira Moreira de Moura

### **Coordenadores dos Cursos de Bacharelado e de Licenciatura em Educação Física**

Prof<sup>o</sup>. Paulo Sergio Santa Rosa Castim

Prof<sup>a</sup>. Vera Lucia Brusch

### **Coordenadora do Curso de Enfermagem**

Prof<sup>a</sup>. Rejane Millions Viana Meneses

### **Coordenador do Curso de Fisioterapia**

Prof<sup>o</sup>. Robson Alves da Silva

### **Coordenadora do Curso de Nutrição**

Prof<sup>a</sup>. Carina Leite de Araújo Oliveira

### **Coordenadora do Curso de Psicologia**

Prof<sup>a</sup>. Jordana Celli Bulhões Campos

## **ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA**

### **REVISTA UNI-RN**

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE**

Rua Prefeita Eliane Barros, 2000 – Tirol – Natal/RN – CEP 59.014-540

Web Site: <http://www.unirn.edu.br/> - E-mail: [revistaunirn@unirn.edu.br](mailto:revistaunirn@unirn.edu.br)

## **CONSELHO EDITORIAL**

### **Presidente**

Ângela Maria Guerra Fonseca

### **Secretário**

Aluísio Alberto Dantas Secretário

### **Conselheiros**

Catarina da Silva Souza

Jordana Celli Bulhões Campos

Lívia Maria Martins da Silva

Luiz Augusto Machado Mendes Filho

Mario Sergio Falcão Maia

Patrícia Froes Meyer

Rejane Millions Viana Meneses

### **Coordenação Editorial**

Vânia de Vasconcelos Gico

### **Bibliotecária**

Helena Maria da Silva Barroso

## **CONSELHO CIENTÍFICO**

### **Boaventura de Sousa Santos**

Universidade de Coimbra – Portugal

### **Edgar Morin**

Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) – França

### **Denise Dias Barros**

Universidade de São Paulo (USP)

### **Gustavo Just da Costa e Silva**

Universidade Federal do Pernambuco (UFPE)

### **Jose Alfredo Ferreira Costa**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

### **José Willington Germano**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

### **Maria da Conceição Xavier de Almeida**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

### **Paula Virginia de Vasconcelos Souza**

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

### **Paulo Bonavides**

Universidade Federal do Ceará (UFCE)

### **Tereza Neuma**

Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq)

## **Ilustração da Capa**

Levi Bulhões

## **Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica**

Terceirize Projetos Gráficos e Editoriais

## **Revisão em línguas estrangeiras**

Yazigy Internexus

## **Normalização**

Prof<sup>a</sup>. Vânia de Vasconcelos Gico

## **Editoração da Revista Eletrônica UNI-RN – Disponível no site: <http://www.unirn.edu.br/>**

Prof<sup>a</sup>. Vânia de Vasconcelos Gico

José Augusto Furtado

Catalogação na Publicação – Biblioteca UNI-RN  
Setor de Processos Técnicos

---

R 349 Revista da FARN / Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – v.1 n.1 (jan./jun.2001) – Natal: FARN, 2001.

A partir de 2012 a Revista da FARN – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – passa a se intitular REVISTA UNI-RN – Centro Universitário do Rio Grande do Norte – para acompanhar a nova denominação da instituição.

Semestral

Descrição baseada em v. 11, n. 1/2 (jan. /dez. 2012).

ISSN 1677-2261

1. Direito à informação. 2. Direitos fundamentais. 3. Crimes contra a água. 4. Sonegação fiscal. 5. Crimes tributários. 6. Direitos humanos. 7. Violação constitucional. 8. União homoafetiva. 9. Prisões femininas. 10. Presas gestantes. 11. Direito do Autor. 12. Cirurgia plástica – Depressão. 13. Terapia por estimulação elétrica. 14. Direito penal – Aborto. 15. Anencefalia. 16. Direito processual penal – Videoconferência. 17. Poema – Henrique Castriçano de Souza. I. Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

RN/UNI-RN/BC

CDU 0/9(05)

---

**Copyright:** Direitos desta edição reservados ao  
Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN



A REVISTA UNI-RN do Centro Universitário do Rio Grande do Norte é associada à  
**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EDITORES CIENTÍFICOS**

Versão Online da REVISTA UNI-RN (ISSN 1677-2261)  
On-line acess - [www.revistaunirn.inf.br](http://www.revistaunirn.inf.br)  
E-mail: [revistaunirn@unirn.edu.br](mailto:revistaunirn@unirn.edu.br)



# **Revista UNI-RN**

**Centro Universitário do Rio Grande do Norte**

ISSN 1677-2261



# SUMÁRIO



**EDITORIAL.....X**

Daladier Pessoa Cunha Lima

**A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: O DIREITO À INFORMAÇÃO *VERSUS* O DIREITO À PRIVACIDADE E À HONRA..... 13**

Clara Fernandes Paiva Campos

Carlos Thompson Costa Fernandes.

**A EFICÁCIA DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA NEGATIVA NA REPRESSÃO DOS CRIMES COMETIDOS CONTRA AS ÁGUAS.....XX**

Giovanna Martins Wanderley

**A TUTELA PENAL DA ORDEM TRIBUTÁRIA E A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE MEDIANTE PAGAMENTO DO DÉBITO.....XX**

Santiago Gabriel Hounie

**A VALORAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A PLENA EFICÁCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA: O *dever ser* da execução penal e o paradoxo da utopia jurídica, corolário da ineficácia estatal.....XX**

Charles de Macedo Phelan

Ivanaldo Bezerra Ferreira dos Santos

**AS PERSPECTIVAS DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade.....XX**

Anderson Gustavo Lins de Oliveira Cruz

Emanuel Dhayan

**O AMOR ATRÁS DAS GRADES: Um estudo sócio-jurídico sobre a maternidade nas prisões.....XX**

Raísa Gabriella Costa de Souza

Ana Mônica Medeiros Ferreira

**O REGIME JURÍDICO E A INCIDÊNCIA DO DIREITO AUTORAL QUANTO AOS DADOS  
E INFORMAÇÕES SÍSMICAS NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL.....XX**

Humberto Lima de Lucena Filho

**ENSAIO POÉTICO**

Cinco Poemas de Henrique Castriciano de Souza.....XX

**RESENHA**

JALES, Carlos Alberto. **Áspero Silêncio**. João Pessoa: Ideia, 2012. p. 178.....XX

José Pires

COLABORAM NESTE NÚMERO.....XX

**NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS.....XX**

**NORMS FOR THE PUBLICATION OF ARTICLES.....XX**

**SUMÁRIO ANTERIOR.....XX**

# CONTENTS



**EDITORIAL.....XX**

Daladier Pessoa Cunha Lima

**THE FUNDAMENTAL RIGHTS COLLISION, UNDER THE MODERN CONSTITUTIONALISM**

**VIEW:** The right to information versus the rights of privacy and to honor.....XX

Clara Fernandes Paiva Campos

Carlos Thompson Costa Fernandes

**THE EFFECTIVENESS OF NEGATIVE-INDUCING TAXATION IN THE REPRESSION OF DELICT AGAINST WATER.....XX**

Giovanna Martins Wanderley

**THE CRIMINAL PROTECTION OF THE TAX ORDER AND THE EXTINCTION OF PUNISHABLE UPON PAYMENT OF DEBT.....XX**

Santiago Gabriel Hounie

**THE VALUATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AS A FOUNDATION FOR THE FULL EFFICIENCY OF THE BRAZILIAN LEGAL EXECUTION**

**LAW:** The principle of the execution law and the paradox of legal utopia, a consequence of state inefficiency.....XX

Charles de Macedo Phelan

Ivanaldo Bezerra Ferreira dos Santos

**THE PROSPECTS OF THE RECOGNITION OF SAME-SEX UNION AS A FAMILY ENTITY IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES:** Human dignity,

equality and freedom.....XX

Anderson Gustavo Lins de Oliveira Cruz

Emanuel Dhayan

**LOVE BEHIND BARS:** A socio-legal study about motherhood in prisons.....XX

Raísa Gabriella Costa de Souza

Ana Mônica Medeiros Ferreira

**THE PERFORMANCE OF CRANIAL ELECTROTHERAPY STIMULATION (CES) IN PATIENTS OF POSTOPERATIVE OF AESTHETIC PLASTIC SURGERY.....XX**

Rodrigo Marcel Valentim da Silva  
Renally Marques Lucas de Araújo  
Aline Silva de Cunha Costa  
Patrícia Froes Meyer  
Oscar Ariel Ronzio

**ANENCEPHALIC ABORTION: legal and ethical aspects.....XX**

Domingos Cavalcante Cardoso Linhares

**QUESTIONING THROUGH ELECTRONICS DEVICES OF AUDIOVISUAL COMMUNICATION:**

A new tool available for the judiciary power to become a faster processual procedure....XX

João Pereira Torres  
Kenya Jihany Maia Correia

**POETICAL ASSAY.....XX**

Five Poems of Henrique Castriçano de Souza

**REVIEW**

JALES, Carlos Alberto. Áspero silêncio. João Pessoa: Ideia, 2012. 178 p.....XX  
osé Pires

**COLLABORATE ON THIS ISSUE.....XX**

**NORMS FOR THE PUBLICATION OF ARTICLES.....XX**

**NORMS FOR THE PUBLICATION OF ARTICLES.....XX**

**PREVIOUS CONTENTS.....XX**

# EDITORIAL

No Editorial anterior, lembrei que o título da Revista da FARN poderia mudar, em face da transformação da Faculdade em Centro Universitário. De fato, a Portaria nº 11 do Ministério da Educação, publicada no Diário Oficial da União, em 09/01/2012, registra o credenciamento do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN, sucedâneo da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. Dessa forma, a Revista da FARN passa, a partir deste número, para o novo título de Revista UNI-RN. Muda o nome, porquanto mudou o nome da instituição, mas os princípios, a estrutura, os métodos, a editoração e, especialmente, a opção pela qualidade, como forma de atingir a excelência acadêmica, em nada mudou.

A Revista UNI-RN continua sua missão precípua de ser um valioso instrumento do crescimento qualitativo institucional, ao se tornar porta-voz dos anseios e inquietudes intelectuais de alunos, professores e colaboradores. Avante Revista UNI-RN, mantenha a tradição da Revista da FARN e continue sua vitoriosa história de ser o elo entre a elaboração científica e cultural de uma vibrante comunidade acadêmica com o meio externo – de quantos se interessam por bons trabalhos de ciência e de cultura –, sem esquecer o próprio meio interno, ávido por se integrar cada vez mais à pesquisa e à produção intelectual. Parabéns a todos os autores, professores, alunos e colaboradores que integram as páginas deste número da Revista UNI-RN.

*Daladier Pessoa Cunha Lima*  
Reitor do UNI-RN





## **ARTIGOS**



# A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: O direito à informação versus o direito à privacidade e à honra<sup>1</sup>

Clara Fernandes Paiva Campos<sup>2</sup>  
Carlos Thompson Costa Fernandes<sup>3</sup>

## RESUMO

Discutem-se as peculiaridades que circundam a colisão entre normas de direitos fundamentais, a importância desse debate para a estruturação do constitucionalismo moderno, e busca-se evidenciar quais as formas jurídicas para atingir a resolução mais adequada à ideia de justiça. Demonstram-se as distinções entre regras e princípios situando-os como normas que possuem funções diferentes no ordenamento jurídico. Observa-se que se vislumbra prudente a aplicação do que reza a teoria dos princípios aos direitos fundamentais. Apresenta-se que à luz da técnica da ponderação de valores e, tendo em vista o caráter relativo dessas normas que desfrutam de mesma dignidade constitucional, chega-se ao deslinde da colisão entre liberdades públicas, tendo como norteadores os princípios da unidade da constituição, da proporcionalidade e da concordância prática. Aborda-se o conflito entre os direitos à privacidade e à honra *versus* o direito à informação, mostrando as nuances que envolvem tal pugna, bem como as balizas que conduzem à sua resolução, utilizando-se jurisprudências dos Tribunais Superiores pátrios.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Colisão de direitos fundamentais. Técnica da ponderação de valores. Direito à privacidade e à honra *versus* direito à informação.

**THE FUNDAMENTAL RIGHTS COLLISION, UNDER THE MODERN CONSTITUTIONALISM VIEW:** The right to information versus the rights of privacy and to honor

## ABSTRACT

This paper aims at bringing forward the peculiarities that surround the collision between fundamental rights laws, the importance of this debate for the structuring of the modern constitutionalism, hence as it tries to show which are the juridical forms to achieve the most

1 Artigo Científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

2 Acadêmica do curso de graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

3 Orientador: Professor de direito constitucional do UNI-RN; Mestre em Direito Constitucional; Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.

adequate resolution to the idea of justice. Initially, it is shown the distinctions between rules and principles placing them as rules that have different functions within the juridical order. Following, it is observed as prudent the applied theory of principles to the Fundamental Rights. It is presented that in the light of the value contemplation technique and, considering the relative character of such rules they have the same constitutional dignity, we reach the unfolding of the collision between public liberties, having as criteria the principles of constitutional unity. Departing from these parameters and, in order to illustrate, it is approached the conflict between the rights of privacy and to honor *versus* the right to information, showing the details that involve such controversy, as well as the lines that conduct to its resolution, for that we utilized the jurisprudence of our country's Superior Tribunals. .

**Keywords:** Constitutional Law. Collision of Fundamental Rights. Value Contemplation Technique. Right to Privacy and Honor *versus* Right to Information.

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, vislumbra-se de grande valor o estudo acerca dos direitos fundamentais, sobretudo em função da sua importância para o Estado democrático de direito e de seu *status* diante do constitucionalismo moderno.

Em face do extenso catálogo de direitos fundamentais e em razão do caráter principal dessas normas, que não se esgotam no plano da interpretação em abstrato, mas somente quando da aplicação no plano concreto, torna-se comum a fricção entre elas sendo, pois, necessário e relevante o estudo dos meios que levam ao seu deslinde.

Com o objetivo de desnudar as nuances que envolvem essa colisão, bem como as possibilidades para a sua solução, esta pesquisa desenvolve-se em cinco tópicos, que abordam a importância dos direitos fundamentais, a distinção entre princípios e regras, bem como o duplo caráter das normas de direitos fundamentais evidenciando, pois, o caráter principiológico dessas normas, o que conduz à aplicação do que diz a teoria sobre princípios à resolução do conflito entre normas de direitos fundamentais.

Ademais, como forma de ilustrar tal colisão à luz de um conflito explícito, expõe-se uma breve discussão acerca da relação antagônica entre o direito à informação e o direito à vida privada e à honra, bem como quais os caminhos que podem ser percorridos a fim de que prevaleça, no caso concreto, o direito fundamental que mais se aproxime da ideia de justiça, sem prejuízo dos demais conflitos travados entre direitos fundamentais que se desenvolvem no ordenamento jurídico e que também são tratados pelos juízes, pelos tribunais, assim como pela doutrina<sup>4</sup>.

4 Como forma de exemplificar outros tipos de colisões de direitos fundamentais, eis este trecho de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 2040) que trata do conflito entre o direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho *versus* o direito à honra e imagem dos policiais federais acusados de estupro da extraditanda: “[...] 7. Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem, – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho [...]” (BRASIL STF, 2002).

## 2 DA IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Como marco jurídico da transição ao regime democrático, a Constituição de 1988 estabeleceu-se de forma significativa no sentido de alargar o campo de direitos e garantias fundamentais, posicionando-se, pois, dentre as constituições mais avançadas no que toca a essa matéria.

Em paralelo ao reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico, emergiu-se a percepção de que os direitos fundamentais devem ser resguardados em um documento jurídico com força vinculante. Sendo assim, a Carta de Outubro consagrou o Estado democrático de direito, desde o seu preâmbulo (BRASIL. Constituição, 1988), com o escopo de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Ora, consoante leciona Canotilho (*apud* PIOVESAN, 2009, p. 26) os pressupostos materiais do princípio do Estado democrático de direito são a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais, os quais estão amplamente representados na Constituição Federal de 1988 por meio dos artigos 1º e 3º, quais sejam princípios que implementam os fundamentos e objetivos do Estado democrático de direito.

O respeito e o amparo dos vários anseios e necessidades sociais são características do Estado democrático, destacando-se como seus alicerces a cidadania e a dignidade da pessoa humana, restando evidente a ligação entre o Estado democrático de direito e os direitos fundamentais, visto que estes são a expressão da vontade popular, na medida em que exercem a nobre função democratizadora de proteger os indivíduos.

Outrossim, há direta relação entre os direitos fundamentais e a democracia, visto que esta se constitui um regime político que se posiciona consoante aponta a maioria sem, contudo, desprezar as minorias.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se verdadeiro fundamento material dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, os quais atuam como espírito axiológico-normativo de todo ordenamento jurídico, cuja incidência se aplica no âmbito dos poderes judiciário, legislativo e executivo.

Na lição de Farias (2000, p. 188, grifo do autor):

O princípio da dignidade da pessoa humana permite ainda a referência a um *sistema de direitos fundamentais*. Com isso, facilita-se a interpretação e aplicação desses direitos, pois o pensamento sistêmico ilumina ou reforça o entendimento de direitos em particular, bem como favorece a articulação destes como outros. Em consequência, consolida-se a força normativa dos direitos fundamentais e a sua magna proteção da pessoa humana.

Em outras palavras, os direitos fundamentais densificam, materializam o princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que ambos possuem fulcro na vontade popular, expressa no artigo 1º, parágrafo único da Carta Magna. Assevera Sarlet (*apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 271) que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

No mesmo tom, afirma Miranda (1988, p. 166): “A constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

Nesse viés, os direitos fundamentais galgaram definitivo realce na sociedade quando se inverteu a relação entre Estado e indivíduo, na perspectiva que primeiramente o indivíduo possui direitos a ser respeitados e, posteriormente, deveres em relação ao Estado, cujos direitos detém o fim único de melhor servir aos indivíduos. Com efeito, alcança-se, portanto, a legitimidade do Estado que se funda na vontade do povo, na medida em que se constitui instituição cujo objetivo é garantir os direitos básicos dos indivíduos.

Destarte, os direitos fundamentais possuem função singular dentro do ordenamento jurídico, visto que representam a concreção do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio democrático, atuando como ferramenta indispensável para a vida em sociedade em um Estado democrático de direito, bem como exercendo mister condicionante da atuação do Estado, impondo freios às arbitrariedades estatais, suscitando deste uma conduta negativa, de sorte a respeitar e tutelar os direitos e garantias dos indivíduos.

### 3 DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

*A priori*, faz-se mister discorrer acerca da distinção entre regras e princípios uma vez que, consoante leciona Alexy (2008), essa diferenciação constitui-se o alicerce para a teoria da fundamentação dos direitos fundamentais, assim como é o ponto de partida para que se chegue a soluções acerca de uma série de questionamentos que circunda tais direitos, seja quanto à função dos direitos fundamentais, ou em relação a uma teoria adequada sobre as suas restrições, sendo, outrossim, imprescindível para a concreção de uma doutrina acerca das colisões.

Em que pese a distinção entre princípios e regras ser comumente abordada, torna-se necessário ponderá-la conferindo a devida importância. Nas palavras de Alexy (2008, p. 85), “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”, a partir dela encontramos a resposta sobre a possibilidade, racionalidade e limites no âmbito dos direitos fundamentais, sobretudo pelo fato de que, não raro, há casos em que os direitos fundamentais equiparam-se aos princípios, em face do seu caráter principiológico, como aprofundaremos adiante.

Antes de uma abordagem mais aprimorada da teoria dos princípios, conforme aduz Barroso (2004), a diferença entre princípios e regras firmava-se, notadamente, com fulcro no critério da generalidade, isto é, à luz desse critério os princípios são normas que abrangem um maior número de situações em face de seu maior caráter de abstração, enquanto que as regras possuem uma aplicação mais restrita a alguns casos específicos aos quais são direcionadas.

As normas constitucionais, bem como as normas em geral encaixam-se em duas categorias diferentes: regras e princípios e, ainda que não haja hierarquia entre esses dois tipos de normas constitucionais, em razão do princípio da unidade da constituição, princípios e regras podem assumir funções diferentes dentro do ordenamento jurídico.

Entretanto, como ferramenta essencial à subjugação do positivismo legalista – pelo qual as normas restringiam-se às regras – emergiu, nos últimos anos, uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, abordada por Alexy<sup>5</sup>, a qual se tornou um dos lastros da moderna dogmática constitucio-

5 A distinção qualitativa entre princípios e regras foi inicialmente desenvolvida por Ronald Dworkin e, para uma leitura mais aprofundada consulte: *Talking rights seriously*.

nal. Sendo assim explana Barroso (2004, p. 351): “A constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.

Nesse contexto, observa Alexy (2008) que a tese mais acertada no que toca à distinção entre regras e princípios aborda uma diferença qualitativa entre as duas normas, superando a diferença gradual – como os critérios de generalidade; de determinabilidade dos casos de aplicação; de conteúdo axiológico – qual seja, aponta que o cerne da questão gira em torno de que “os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* [...]” (ALEXY, 2008, p. 90, grifo do autor).

Desta feita, caracterizam-se os princípios como mandamentos de otimização por serem normas que se realizam em diversos graus, conforme dois fatores: as balizas impostas pela situação fática e as possibilidades jurídicas, isto é, são mandados de otimização na proporção em que sua aplicação pode ocorrer de variadas maneiras, em maior ou menor dimensão, consoante o caso concreto e os meios jurídicos, sem que haja diminuição no âmbito de sua validade. Afirmou Farias (2000, p. 186) “os princípios são mandados de otimização que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes”.

Nesta perspectiva, os princípios realizam-se na *dimensão de peso ou importância*, qual seja, diante da colisão entre eles há de ser aplicado, ou terá menor restrição na sua esfera de proteção, aquele que tiver maior peso frente ao caso concreto, sem que isso implique invalidade do princípio que não foi aplicado ou que teve menor incidência naquele determinado caso. Em outras palavras, quando se enxergam as peculiaridades oferecidas pelo caso concreto e as possibilidades jurídicas do âmbito de proteção de cada princípio, chega-se à conclusão que um princípio irá se adequar melhor à determinada situação, que ele tem maior peso, sem que disso decorra a invalidade do outro princípio. No dizer de Farias (2000, p. 120):

[...] não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor de outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o outro.

Nesse diapasão, os princípios carregam maior carga valorativa e fundamento ético do que as regras. Indicam o comportamento a ser seguido logo, não terão aplicação no sistema do tudo ou nada, mas, ao revés, serão graduados à luz das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. Ademais, conforme Farias (2000, p. 187, grifo do autor):

Os princípios cumprem as funções normativas de instrumentos de interpretação e de normas de condutas. É dizer: os princípios são *norma primária* diretamente aplicável a um pressuposto de fato (função regulativa) ou *norma secundária* que orienta a aplicação de outra disposição normativa (função hermenêutica).

As regras, por seu turno, são descritivas de certas condutas e aplicáveis a determinadas situações; são determinações dentro do que é jurídica e faticamente viável; mandados de definição que possuem natureza biunívoca – se aplicam por válidas, ou não se aplicam por inválidas (ALEXY, 2008) –, ou seja, operam na modalidade do *tudo ou nada*: uma vez válidas devem ser aplicadas de acordo com sua prescrição, o que implica que no conflito entre duas regras apenas uma deve prevalecer; uma vez que o ordenamento jurídico não tolera a existência de regras jurídicas em oposição entre si.

Havendo a situação descrita na regra, esta deve ser aplicada através do mecanismo tradicional da subsunção: uma vez adequando-se os fatos à previsão em abstrato, compõe-se uma conclusão.

Barroso (2004, p. 352) distingue esse fenômeno afirmando que:

O sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

Então, a fim de solucionar o conflito entre regras, o ordenamento jurídico dispõe dos seguintes critérios: de hierarquia, em que a lei superior prevalece sobre a lei inferior; o cronológico, pelo qual lei posterior prevalece sobre lei anterior e; o critério da especialidade, em que lei específica prevalece sobre lei geral.

Todavia, tais critérios não podem ser admitidos quando a colisão envolve as normas constitucionais, sobremaneira em relação aos princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os direitos fundamentais, segundo Barroso (2002).

Destarte, expôs Alexy (2008, p. 105):

As contradições de normas em sentido amplo que tem lugar dentro do ordenamento jurídico são sempre colisões de princípios e as colisões de princípios sucedem sempre dentro do ordenamento jurídico. Isto põe claramente de manifesto que o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que entram em colisão.

Portanto, o conflito entre regras causa uma antinomia, uma situação de incompatibilidade entre ambas, o que leva à eliminação de uma delas do sistema. Diferente se revela a solução quando se trata de colisão de princípios. Segundo Barros (1996), eles não trazem consigo, como as regras jurídicas, a decisão definitiva em relação a uma conduta imperativa (fazer ou não fazer), logo não funcionam conforme a lógica do tudo ou nada, mas admitem ser ponderados, a fim de harmonizar os vários valores envolvidos.

Isto é, os princípios constituem exigências de otimização e as regras mandados de definição. Em certas ocasiões um princípio precede o outro e, em outras, a questão de precedência poder ser solucionada de forma inversa, tendo em vista a possibilidade de relativização de ambos. Os conflitos de regras acontecem na dimensão da validade, enquanto que o de princípios se dá na dimensão do peso.

#### **4 DO CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FORMA DE SOLUCIONAR A COLISÃO ENTRE ESSAS NORMAS**

Diante do grande leque de direitos fundamentais, em inúmeras circunstâncias deparamo-nos com a colisão entre alguns deles, o que se faz natural dentro do dinamismo do convívio social, em que os interesses e necessidades de cada indivíduo, em certas ocasiões, se mostram colidentes. Isso se dá em razão do conteúdo destes, por muitas vezes, ser de caráter aberto e variável, apenas vislumbrado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou com outros valores constitucionais.

A colisão pode acontecer entre direitos fundamentais propriamente ditos ou entre estes e outros valores constitucionais – quanto a estes, ocorre na proporção em que os interesses individuais entram em choque com os interesses da coletividade, tais como a família, saúde pública, patrimônio cultural, entre outros.

Pode-se asseverar que há colisão entre direitos fundamentais, de acordo com os ensinamentos de Canotilho (2000, p. 1229), “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”, ou seja, quando o pressuposto fático de um direito interceptar o pressuposto de fato de outro direito.

Inicialmente, com o escopo de se chegar à solução da colisão em comento, vale registrar que conquanto funcionem os direitos fundamentais como preceitos fundamentais e concretizem o princípio máximo da dignidade da pessoa humana, não há que se falar que são absolutos no sentido de não tolerarem restrições.

Na verdade, sobre esse caráter absoluto Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 274) assevera que “tal idéia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade que, de outro modo, estariam ameaçados”. Contudo, esse pensamento conduziria ao engessamento do direito, uma vez que a norma em abstrato torna-se sem razão de ser se não se subsume à aplicação em concreto. Nesse sentido é necessário o sopesamento dos valores dos direitos fundamentais, relativizando-os de acordo com o caso concreto com vistas a também atender aos interesses coletivos.

Em vista disso, deve-se levar em consideração o seu caráter de relatividade, ou melhor, os direitos fundamentais encontram limitação nos demais direitos fundamentais previstos na Constituição, assim como nas outras normas constitucionais – eis o núcleo do princípio da convivência das liberdades públicas.

Quiroga Lavié (*apud* MORAES, 2007, p. 28, grifo do autor) afirmou que “os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecere[m] a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles *operem dentro dos limites impostos pelo direito*”. A respeito desenvolve Bulos (2007, p. 407):

Quando se diz que os direitos e garantias individuais e coletivos do art. 5º, da Carta de Outubro, têm o caráter limitado e relativo não se está pretendendo criar uma redoma para ilicitude, eximindo a responsabilidade civil e penal dos infratores. O que se busca é evitar o arbítrio por parte do Estado, jamais fomentar praxes antijurídicas.

Indiscutivelmente, há casos excepcionais em que o direito fundamental não deve sofrer limitações sendo, pois, absoluto como, por exemplo, a proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante (Art. 5º, inciso III) (BRASIL. Constituição, 1988). Nesse caso limitar esse direito implica violar o Estado democrático de direito (Art. 1º) (BRASIL. Constituição, 1988).

Nesta senda, faz-se mister evidenciar a aproximação entre princípios e direitos fundamentais, de forma que quando se está perante uma colisão de direitos fundamentais, seja com princípios constitucionais ou com outros direitos fundamentais, deve-se utilizar o que menciona a teoria dos princípios, de sorte que os valores envolvidos sejam ponderados, de acordo com o seu peso diante do caso em concreto. Segundo Barros (1996, p. 155, grifo nosso):

Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, **o salto dialético no estudo desse tipo de normas parece depender da consideração de que elas possuem um duplo caráter.** Os direitos fundamentais mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.

Nesse viés, Ávila (2001, p. 22, grifo nosso) explicita:

O importante é que a qualificação das normas como princípios depende, não só da denominação utilizada pelo legislador, mas da relação da prescrição normativa com os fins e com a conduta que deles resulta. É dizer: há normas positivamente intituladas de direitos que **também denotam princípios (direitos fundamentais, p. ex.)**; há normas positivamente denominadas de princípios que denotam, segundo a definição aqui adotada, verdadeiras regras ou metaregras de aplicação de outras normas (legalidade, irretroatividade, anterioridade, p. ex.). **O que interessa não é a definição do legislador, mas a estrutura normativa da norma a ser interpretada.**

Com efeito, as normas de direitos fundamentais possuem um duplo caráter, muitas tem a estrutura de regras e outras funcionam como princípios. Na verdade, em grande parte, tais normas, ainda que estejam na forma de regras, ensejam as características de princípios em face do fim a que se destinam dentro do ordenamento jurídico.

No sistema jurídico pode-se dizer que há regras com valor de princípios e até princípios com valor de regras. Desta forma, vale para os direitos fundamentais, em regra, o que foi explanado acerca da colisão dos princípios, em face dos direitos fundamentais serem normas que possuem essencialmente as características de princípios.

Tal argumentação possui lastro no fato de que os direitos fundamentais, em razão do *status* de norma constitucional e, notadamente, em face do princípio da unidade da constituição, são normas que desfrutam de mesma hierarquia, não lhes aplicando a regra do *tudo ou nada*, tendo em vista que a não incidência de determinado direito fundamental em certo caso concreto, em virtude da aplicação de outro direito fundamental quando da colisão entre eles, não implica na invalidação daquele. Não há que aplicar aos direitos fundamentais, por conseguinte, os critérios utilizados para a resolução do confronto entre regras.

Ao contrário modo, no conflito entre essas normas ocorre que apenas um direito fundamental tem seu núcleo de abrangência reduzido diante do elastecimento de outro direito fundamental, com vistas a alcançar a mais adequada solução para determinado caso, bem como visando obter aquela resolução que melhor atenda ao fim constitucional.

Eis os ensinamentos de Barroso (2008, p. 06-11, grifo nosso):

Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – **especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais** –, a **necessidade da ponderação para resolver tais situações**, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos. [...] Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. **Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial.**

Sendo assim, as normas de direitos fundamentais são direitos *prima facie* na medida em que são concretizados efetivamente quando ponderados

diante de determinadas circunstâncias concretas. Nesse tom, assinalou Canotilho (2000, p. 1231, grifo do autor) que “O *Tatbestand* (o domínio normativo) de um direito é também sempre, em primeiro lugar, ‘um domínio potencial’ só se tornando um domínio *actual*, depois de averiguação das condições concretamente existentes”.

Com efeito, segundo Novaes (2003, p. 339, grifo do autor), os direitos sustentados nas normas de direito fundamental, à luz da natureza de princípios, apenas se tornam direitos definitivos quando passam pela ponderação com os direitos opostos nas circunstâncias da realidade fática. Até que ocorra tal ponderação, são tão somente direitos *prima facie* que “podem ter que ceder face ao eventual maior peso que, no caso concreto, apresentem outros *princípios*, interesses ou valores de sentido contrário”.

É válido ressaltar que há casos em que cabe ao legislador a solução do conflito entre direitos fundamentais e, isso ocorre quando o próprio texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos. Nessas circunstâncias, observada a existência de reserva de lei em relação a algum dos direitos envolvidos, poderá o legislador resolver a colisão comprimindo o direito restringível respeitando, por óbvio, o núcleo essencial dos direitos em confronto.

Eis então o liame entre os conflitos de direitos propriamente ditos e as restrições de direitos, visto que em uma boa parte dos casos há a regulamentação de uma liberdade pública por meio de normas ordinárias.

Doutro vértice, quando a solução não se encontra nos casos em que os direitos estão sujeitos à reserva de lei, volta-se para os juízes e aos tribunais o papel de dar a solução. E a doutrina aponta algumas etapas a serem seguidas com tal intuito.

É de ressaltar que, consoante Canotilho (2000), não há um padrão ou critério de soluções de conflito de direitos que valem de forma geral e abstrata, a contrário modo, acontece consoante as peculiaridades fáticas e de acordo com o contexto jurídico. O que não quer dizer, de outra ponta, que a ponderação no caso concreto abre espaço apenas para a discricionariedade, posto que, não obstante, há métodos abstratos a serem seguidos, como veremos a seguir.

Assim, assinala Canotilho e Moreira (*apud* FARIAS, 2000) que primeiro cabe ao intérprete determinar o âmbito de proteção dos direitos imiscuídos no caso, objetivando identificar quais são as situações realmente tuteladas pela norma constitucional.

É preciso delimitar os casos que são protegidos pelas normas em conflito, pois as liberdades públicas não se sujeitam a tutelar qualquer tipo de conduta, mas tão somente aquelas albergadas pela legalidade como, por exemplo, não se pode invocar o direito de educar os filhos e o poder familiar para os espancar ou alegar a liberdade artística para provocar a morte de um ator no palco. Nesses exemplos não se trata de colisão de direitos. Ora, a norma constitucional não protege formas como essas de exercício de direitos. Tais circunstâncias estão à margem do âmbito normativo consagrado pela Constituição.

Segundo, uma vez identificada uma real colisão de direitos fundamentais, deve-se proceder a ponderação dos bem jurídicos envolvidos, objetivando a solução com o mínimo de sacrifício dos direitos em jogo. Para tanto, convém nortear-se notadamente através dos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade.

A compreensão da constituição como um todo, como um sistema que busca a conciliação dos preceitos divergentes, constitui-se o objeto do princípio da unidade da constituição. À luz deste princípio Konrad Hesse (*apud* FARIAS, 2000, p.123, grifo nosso) formulou:

A relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição... obriga a não contemplar em nenhum caso só a norma isolada senão sempre, ademais, no conjunto no que deve ser situada; **todas as normas constitucionais têm de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais**. A única solução do problema coerente com esse princípio é a que se encontra em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais.

Por seu turno, emerge como corolário do princípio da unidade da constituição o princípio da concordância prática, pelo qual os direitos fundamentais devem ser harmonizados, conforme a situação fática, com vistas a preservar e concretizar ao máximo os direitos e garantias assegurados pela Carta de Outubro, através do juízo de ponderação. Ressalte-se que a preferência de um direito sobre outro em um caso concreto deve justificar-se pelo grau de importância, de satisfação do direito aplicado.

Torna-se claro à luz dos ensinamentos de Moraes (2006, p. 29-30, grifo do autor):

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.

Ademais, o princípio da proporcionalidade como norteador do ordenamento jurídico, de acordo com Rezek Neto (2004), permite que princípios divergentes coexistam em mútua relação de implicação, uma vez que estes oferecem os valores para serem sopesados. Encerra-se, pois, como a realização no caso concreto do princípio da concordância prática, na medida em que se traduz na distribuição necessária e adequada dos valores, de forma a tutelar as liberdades públicas colidentes, buscando a otimização e a eficácia dos vários direitos fundamentais em colisão.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS (BRASIL. STF, 2003, p. 134/135, grifo nosso), aduz que:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal, em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, [...] estabelece um 'limite do limite' ou uma 'proibição do excesso' nas restrições de direitos fundamentais. [...] A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. **Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos [...].**

O caráter principiológico das liberdades públicas, consoante assinala Barros (1996, p. 155), conduz, por si só, à proporcionalidade em sentido amplo ou à existência de seus elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visto que esses componentes devem estar presentes

quando da harmonização dos valores, a fim de elidir a colisão. Enfim, aduz Rezek Neto (2004, p. 47) que “o princípio da proporcionalidade funciona como um meio para verificar se os fatores de restrição tomados são adequados à realização dos direitos concorrentes”.

Desta feita, a ponderação deve ocorrer objetivando-se a compatibilização das normas em conflito com o fim da Lei Maior, com vistas a atingir a harmonização do sistema constitucional, à luz das peculiaridades da situação fática, de sorte a sopesar a necessidade e adequação da aplicação, de uma ou de outra liberdade pública, em maior ou menor peso.

Verificada a existência de colisão de direitos fundamentais, e efetuada a ponderação dos valores jurídicos envolvidos de acordo com os princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, chega-se à terceira etapa em que cabe ao juiz ou ao tribunal proferir a decisão, a qual deve fundamentar-se de acordo as balizas do caso concreto e possibilidades jurídicas, salvaguardando da melhor maneira possível os interesses imiscuídos na questão, bem como a finalidade precípua da Constituição.

Destarte, as liberdades públicas devem ser manejadas sem que se perca de vista a convivência social, na qual o homem como ser individual deve ter assegurado os seus direitos fundamentais, assim como deve respeitar os limites da coletividade, não havendo direitos ilimitados, em regra, mas sim direitos relativos que sofrem ponderações consoante o caso prático que estão envolvidos.

Como forma de ilustrar a colisão de direitos fundamentais em termos mais práticos, será abordado na presente obra o conflito travado entre direito à informação e o direito à privacidade, à intimidade e à honra do indivíduo, bem como o meio razoável para a sua resolução, não obstante os demais conflitos existentes no ordenamento jurídico que também se constituem de grande relevo e dimensão.

## **5 DA RELAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE ENTRE OS DIREITOS À PRIVACIDADE, À HONRA DO INDIVÍDUO E O DIREITO À INFORMAÇÃO**

### **5.1 Dos Direitos à privacidade e à honra**

Há discussões no contexto doutrinário no que tange à diferença entre privacidade e intimidade, uma vez que a norma – Constituição Federal,

artigo 5º, inciso X (BRASIL. Constituição, 1988) – as mencionou separadamente. Distinguiu Moraes (2006, p. 131, grifo do autor) com lucidez:

Os conceitos constitucionais de *intimidade* e *vida privada* apresentam grande interligação, podendo porém ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de *intimidade* relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de *vida privada* envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Afirma Bulos (2007, p. 428, grifo do autor) que “a *vida privada* e a *intimidade* são os outros nomes do *direito de estar só*, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano insuscetível de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *rizervatezza* e os americanos de *privacy*)”.

Neste estudo será tratada a privacidade em seu aspecto amplo, envolvendo, portanto, a vida privada e a intimidade das pessoas. Nas palavras de José Afonso da Silva (*apud* GODOY, 2001, p. 48), a privacidade é o “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito”.

Como visto supra, as liberdades públicas, em regra, possuem fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Tal fundamento torna-se ainda mais intenso quando se trata dos direitos à honra e à privacidade, em face do aspecto do resguardo do espaço íntimo do indivíduo, bem como por dizer respeito, assim como a imagem, aos direitos da personalidade.

Os direitos personalíssimos buscam proteger o indivíduo não apenas da atuação do Estado, mas também das condutas de outros particulares, como aponta Souza (2008, p. 44):

[...] existem certos direitos, sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.

O respeito, a consideração, a boa fama e a estima que o indivíduo desfruta nas relações sociais são tutelados pelo direito à honra que, por conseguinte, traduz-se no sentimento de dignidade própria, de apreço social. É, sem dúvida, direito fundamental do ser humano verificar a tutela dessas qualidades.

Trata-se, não obstante, do direito da personalidade mais frágil, visto que pode ser ferido com a veiculação, seja de modo doloso ou culposamente, de informação, ainda que inverídica.

Ferreira Filho (*apud* SOUZA, 2008, p. 53) caracterizou a honra como “o respeito devido a cada um pela comunidade. Assim, o direito da inviolabilidade da honra se traduz na proibição de manifestações ou alusões que tendam a privar o indivíduo desse valor. A honra veste a imagem de cada um”. Souza (2008, p. 53-54) complementa evidenciando a importância do respeito à honra:

Apresenta-se, assim, a honra, como aquele contingente mínimo de prestígio que um ser humano deve ostentar com vistas a merecer o respeito social e próprio, através do qual obterá a satisfação de ser respeitado e estimado por seus concidadãos, podendo manter acesa a sua auto-estima, pois que, em regra, uma pessoa humana que não goza de um mínimo de prestígio social será atingida também em seu amor próprio e sua auto-estima, culminando por, através desse inexpressivo prestígio social, ver atingida a sua dignidade como pessoa humana, diminuída perante os demais e impedida de alcançar o bem-estar e a igualdade, como valores supremos de uma sociedade fraterna, almejada já no Preâmbulo Constitucional.

No mais, a honra possui dois aspectos: o subjetivo – referente à própria auto-estima do indivíduo – e o objetivo – é a sua reputação perante a sociedade, o conceito daquele indivíduo no meio social. Esta última dimensão também abrange as pessoas jurídicas, apesar de que esta pesquisa limitar-se-á ao estudo da honra subjetiva e objetiva no pertinente apenas às pessoas físicas.

Desta feita, os direitos da personalidade aqui tratados – privacidade, intimidade e honra – constituem o âmbito de proteção da vida do indivíduo, tanto na esfera de seu trabalho, amigos, família, particularidades do homem em si, quanto no que se refere à sua auto-estima, reputação e bom nome perante a sociedade. Isto é, tais direitos protegem um núcleo vital do ser humano, daí merecerem resguardo diante da sociedade.

Além da proteção positiva enquanto direitos em si mesmos – inseridos na norma do inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal –, os direitos à honra, à intimidade e à vida privada são também protegidos de forma negativa pela Constituição Federal de 1988 quando esta dispôs no seu artigo 220, § 1º que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (BRASIL. Constituição, 1988).

Dessa forma, a própria Lei Maior consagrou os referidos direitos da personalidade como limites à liberdade de informação, o que não quer dizer, contudo, que sempre terão posição de preferência perante a informação, visto que é preciso sopesá-los conforme o caso concreto.

Em virtude disso, há inúmeros casos em que tais direitos entram em colisão. Entretanto, deve-se levar em consideração que não há que falar, em regra, em direitos absolutos que prevalecem em qualquer situação. Por essa razão, ainda que se trate de direitos fundamentais que possuam íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, há que subsistir a ponderação dos bens jurídicos envolvidos na questão.

Para que seja abordado o conflito em si, faz-se mister primeiramente um sucinto debate sobre o âmbito de proteção do direito à informação.

## 5.2 Da liberdade de informação<sup>6</sup>

De sua vez, o direito à informação verídica é, sem embargos, um direito de liberdade de cada pessoa de obter subsídios com o escopo de conceber sua convicção em relação a assuntos públicos. É instrumento indispensável à manutenção do estado democrático, em que a publicidade dos fatos públicos constitui-se mecanismo de formação da opinião pública, assim como constitui-se um dos meios de regulação do poder estatal.

6 A Constituição Federal consagra a liberdade de expressão e de informação nos arts. 5º e 220, nos seguintes termos: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL. Constituição, 1988).

E neste ponto configura também, além de um direito individual, um direito coletivo, na medida em que confere ao povo o direito de ser informado, como evidenciou José Afonso da Silva (*apud* GODOY, 2001, p. 59):

O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses direitos, em direitos de feição coletiva. [...] A liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – especialmente – num direito subjetivo do indivíduo manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação.

Por essa razão, o âmbito de proteção constitucional do direito à informação engloba tanto o direito de comunicar quanto o direito de receber informações pluralistas e corretas. Nessa relação está inserido o *direito público* do indivíduo ser adequadamente informado. Farias (2000), que desenvolveu interessante trabalho sobre a colisão entre o direito à informação *versus* o direito à privacidade, à intimidade e à honra, complementa:

Assim a liberdade de expressão e informação acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, **passa a ser estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais** (FARIAS, 2000, p. 167, grifo nosso).

Neste caso, por liberdade de informação, segundo aponta Albino Greco (*apud* GODOY, 2001, p. 58), deve-se entender “o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado.”

A doutrina e jurisprudência tem apontado a distinção entre a liberdade de informação e de expressão no sentido de que o objeto desta é a expressão

de ideias, opiniões e, inclusive, juízos de valor e crenças, enquanto que aquela envolve o direito de comunicar e receber livremente informação sobre fatos, os quais podem se considerar noticiáveis. Destarte, pode-se afirmar que o núcleo de proteção da liberdade de expressão é maior, posto que diz respeito a valorações íntimas de cada indivíduo. Sendo assim, não se sujeita ao comprometimento com a veracidade, ao qual a liberdade de informação deve estar vinculada.

A liberdade de informação deduz-se da liberdade de manifestação do pensamento, uma vez que esta não teria o mesmo viço sem a possibilidade de expressar-se. Revel (*apud* MORAES, 2006, p. 159, grifo do autor) pondera com clareza sobre a diferença entre a livre manifestação de pensamento e o direito de informar asseverando que “a primeira deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o segundo, diferentemente, deve ser **objetiva, proporcionando informação exata e séria**”.

Convém pontuar, porém que a liberdade de informação não se presta a tutelar as informações imprudentemente não verificadas ou propositadamente errôneas, veiculadas com desrespeito à verdade, uma vez que os direitos fundamentais não podem ser usados como forma de acobertar ilicitudes.

Assim, a liberdade de informação pressupõe a veracidade dos fatos, de forma que esteja conectada à fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação. Farias (2000, p. 165) resume: “a veracidade que o direito à informação implica não é uma qualidade da informação mesma, exigível com referência ao objeto, senão uma atitude de probidade exigível diretamente do sujeito: é um problema de deontologia profissional”.

Além do limite interno referente à veracidade da informação, a liberdade de informação deve conciliar-se com os direitos fundamentais do indivíduo afetado pelas informações divulgadas, bem como com os outros bens constitucionalmente assegurados como a moralidade pública, por exemplo.

Nesse viés, os direitos da personalidade à honra, à intimidade e à vida privada funcionam como limite externo à liberdade de informação. Contudo, é de ressaltar que todos esses direitos não são apenas constitucionalmente protegidos, mas como, mais além, desfrutam do *status* de direito fundamental, estabelecendo-se entre eles, não obstante, clara colisão entre direitos fundamentais, cuja solução do confronto se desnuda um dos problemas nucleares a desafiar a dogmática atual acerca das liberdades públicas, o qual será tratado a seguir.

### 5.3 Dos Direitos à privacidade e à honra versus o Direito à informação e a técnica da ponderação de valores

À luz dos parâmetros acima trabalhados, a doutrina e a jurisprudência tem adotado no caso concreto a ponderação de interesses e valores como forma de solucionar os conflitos entre normas constitucionais, que desfrutam da mesma dignidade constitucional, como é o caso dos direitos fundamentais à honra, à privacidade à intimidade e à informação, de sorte a sopesar os bens conforme apontam os princípios da concordância prática, proporcionalidade e unidade da Constituição, bem como com as especificidades inerentes a cada situação fática.

Quando da ponderação de valores, deve-se observar o âmbito de proteção de cada direito, a fim de poder discernir qual direito fundamental possui maior peso diante do caso concreto, sem que se observe o esvaziamento do núcleo vital de um dos direitos envolvidos. Nesse sentido, posicionou-se o Ministro Celso de Mello no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.396/DF no Supremo Tribunal Federal (*apud* Bulos 2007, p. 427, grifo nosso):

A superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente desde que, no entanto, **a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.**

Acerca do conflito entre o direito à informação *versus* os direitos da personalidade, assinalou Farias (2000, p. 175, grifo do autor) que:

Na verdade, em geral, os tribunais constitucionais têm adotado o critério formulado pela *Supreme Court* dos Estados Unidos da América do Norte da *preferre position* em abstrato da liberdade de expressão e informação, quando em pugna com os aludidos direitos da personalidade, em razão da valoração dessa liberdade como condição indispensável para funcionamento de uma sociedade aberta.

Logo, o referido autor situa a liberdade de informação e expressão em posição de precedência em face dos aludidos direitos da personalidade, em razão da sua importância para a manutenção de um estado democrático e livre.

É preciso, todavia, ponderar algo mais. Há critérios intrínsecos a cada caso concreto de colisão que merecem atenção, sendo necessário desenvolver um raciocínio que conduza à resolução do combate da maneira mais satisfatória possível, tanto para os sujeitos em questão, quanto para o alcance do fim constitucional.

Eis, então, alguns critérios que devem ser analisados no conflito em debate: (1) há que verificar se a liberdade de informação se deu de forma lícita, ou seja, se está ligada com a verdade dos fatos, de modo que o comunicador tenha produzido informação honesta e séria. De forma inversa, a informação que se mostrou falsa perdeu sua função social, bem como seu *status* de preferência.

Nas palavras de Godoy (2001, p. 76), “não há liberdade ou interesse público que justifique a notícia inveraz como causa de sacrifício da honra ou privacidade”. A respeito, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 984.803/ES (BRASIL. STJ, 2009, grifo nosso) asseverou:

EMENTA: [...] – **A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público**, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. – **A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público**. – O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.

Faz-se necessário, outrossim, (2) prudente distinção entre aquilo que são assuntos e sujeitos privados daquilo que diz respeito à esfera pública. Ora, dentro do que é público a divulgação da informação aproxima-se mais como um verdadeiro dever, consoante preconiza o princípio constitucional da publicidade. Sem dúvida, nessa perspectiva, a liberdade de informação cumpre com um de seus deveres precípuos de comunicar livremente e manter as balizas da democracia.

Por outro lado, não há que valorar com preferência a liberdade de informação em detrimento da privacidade, intimidade e honra de sujeitos em assuntos privados. Tais informações apenas dizem respeito ao âmbito íntimo de cada um e, por conseguinte, em nada acrescentam à coletividade.

Neste ponto, convém ressaltar que pelo fato da Carta Magna trazer em seu artigo 220, §1º (BRASIL. Constituição, 1988) que os direitos à honra, à privacidade, à intimidade e à imagem funcionam como limites à liberdade de informação e expressão, não quer dizer que sempre aqueles direitos terão precedência em face deste.

Ao revés, impõe-se uma casuística ponderação entre um peso e outro, mormente quando se evoca a liberdade de informação não apenas como um direito à informação, mas também como “instituição indispensável ao funcionamento da democracia por influir na orientação da opinião pública”, segundo aponta Farias (2000, p. 180).

Berdugo (*apud* FARIAS, 2000, p. 178) resumiu sensatamente quando afirmou que a liberdade de informação e expressão “é preponderante sobre a proteção dos direitos da personalidade nas personalidades da vida pública, porém a relação inverte-se quando estamos perante uma pessoa privada”.

Portanto, quando a informação divulgada diz respeito ao interesse público, contribuindo com a formação da opinião pública, haverá precedência da liberdade de informação cabendo, pois, ao juiz ou tribunal definir se a informação do caso concreto é realmente de interesse público. Complementa Berdugo (*apud* FARIAS, 2000, p. 179) asseverando que, “para poder apreciar o interesse público, exige que a atividade dirija-se a incidir na formação da opinião pública e não no interesse de tipo privado”.

Cumprе observar, por pertinente, que as *peçoas públicas*, em geral, sofrem uma redução na esfera de seus direitos à honra, à privacidade e à intimidade, em virtude do cargo que ocupam. Acerca de pessoas públicas, o Superior Tribunal Federal proferiu o seguinte posicionamento no *Habeas Corpus* nº 78.426 (BRASIL. STF, 1999, grifo nosso):

EMENTA: Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona di iluminabilità, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos

seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município “com dívidas causadas por suas falcatuas.

O agente público – aqui englobando não só o político, mas como também o gestor público como um todo – tem atuação voltada à satisfação do interesse público e, como tal, se sujeita à fiscalização da sociedade, o que, em larga medida, pode ser realizada através da liberdade de informação, no sentido do direito de informar e de ser informado.

No mesmo tom, o Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº 235.627-1 (*apud* GODOY, 2001, p. 80) definiu que “os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma”.

Não obstante, até mesmo fatos que aparentemente sejam relativos apenas à vida privada, ainda que familiar, da pessoa pública, podem revelar-se importantes para o conhecimento público, qual seja muitas vezes a atuação na privacidade de suas relações tem reflexo na sociedade devido à pertinência que mantém com a função pública do protagonista do fato.

Ilustra Andrade (*apud* GODOY, 2001, p. 81) um caso em que a conduta na esfera privada tem importância para o interesse público: “o caso da prática agressiva, em relação aos filhos, de quem seja o responsável, por exemplo, por alguma função educativa ou de formação de jovens”. Tal exemplo é semelhante ao que foi discutido em sede de Recurso Especial nº 1.025.047/SP (BRASIL. STJ, 2008, grifo nosso) no Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: [...] – A imputação de um relacionamento extra-conjugal com uma adolescente, que teria culminado na geração de uma criança – fato posteriormente desmentido pelo exame de DNA – foi realizada em ambiente público e no contexto de uma investigação relacionada à atividade política do autor. – **A redução do âmbito de proteção aos direitos de personalidade, no caso dos políticos, pode em**

**tese ser aceitável quando a informação, ainda que de conteúdo familiar, diga algo sobre o caráter do homem público, pois existe interesse relevante na divulgação de dados que permitam a formação de juízo crítico, por parte dos eleitores, sobre os atributos morais daquele que se candidata a cargo eletivo.**

Com o escopo de adentrar um pouco mais profundamente na discussão deste Recurso Especial, observa-se que a sua Relatora, Ministra Nancy Andrighi, apesar de defender que há redução no âmbito de proteção dos direitos personalíssimos dos homens públicos, notadamente quando a notícia diz respeito à atividade política desenvolvida pelo protagonista do fato ponderou, outrossim, o fator veracidade da informação, de maneira a decidir no sentido de violação aos direitos personalíssimos do político em virtude da constatação da falsidade da notícia através do exame de DNA.

Então, teve maior peso diante do caso concreto os direitos personalíssimos do indivíduo em detrimento do direito a informação, notadamente pelo fato da informação não ser verídica, conforme descreveu na ementa do julgamento (BRASIL. STJ, 2008): “[...] Nesse contexto, não é possível aceitar-se a aplicação da tese segundo a qual as figuras públicas devem suportar, como ônus de seu próprio sucesso, a divulgação de dados íntimos, já que o ponto central da controvérsia reside na falsidade das acusações [...]”.

Outro exemplo interessante que se pode trazer à baila é o que se deu na Medida Cautelar em Petição nº 2702 (BRASIL. STF, 2002), julgada pelo Supremo Tribunal Federal, cujo requerente era Infoglobo Comunicações LTDA. e o requerido era Anthony William Garotinho, então candidato ao cargo de presidente da república do Brasil nas eleições de 2002, em que houve divergência – entre os votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes e o voto do ministro Marco Aurélio, o qual foi vencido – quanto ao deferimento ou não de tutela antecipada para autorizar a divulgação de gravações telefônicas.

As aludidas gravações veiculavam reportagem cujo título era “Garotinho sabia de suborno” e traziam conversas que evidenciavam a participação do político no suborno ao auditor fiscal da Receita Federal, responsável pela aprovação dos sorteios feitos no programa “Show do Garotinho”, o qual foi ao ar na TV Tupi e TV Bandeirantes no ano de 1995.

O ministro Marco Aurélio alegou que o interesse coletivo sobrepõe-se ao interesse individual, sendo viável a veiculação das gravações a fim de que a coletividade possa ter conhecimento do perfil do candidato à presidência do Brasil. E que, ademais, o impedimento da divulgação das referidas gravações pelo judiciário consistiu em censura prévia judicial, em prejuízo do direito da coletividade de ser bem informada acerca de assuntos importantes do cenário político nacional.

No entanto o voto do relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, foi proferido no sentido de não aceitar o pedido do requerente para autorizar a divulgação das gravações, em vista estarem contaminadas com o vício da ilicitude. Asseverou que não há que alegar, no caso em apreço, que pelo fato de se tratar de pessoa pública deve-se proceder a uma redução na esfera de proteção dos direitos da personalidade, bem como não é possível a prevalência do interesse público neste caso, em face de que a obtenção das gravações telefônicas ocorreu de forma ilícita, na mesma esteira em seu voto (BRASIL. STF, 2002, p. 20) expôs:

Desse modo – diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e dos direitos da personalidade – no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores.

Neste caso, portanto, houve prevalência dos direitos da personalidade do requerido, ainda que este ostentasse a condição de pessoa pública, em razão da ilicitude da obtenção das gravações telefônicas.

Doutro vértice, no Recurso Especial nº 984.803 (BRASIL. STJ, 2009) foi suscitada a defesa dos direitos à honra e à imagem do recorrido em face da divulgação de seu nome e imagem como suspeito de participar de organização criminosa em reportagem jornalística. O Superior Tribunal de Justiça, nesta situação fática, ao revés do que se deu no Recurso Especial nº 1.025.047/SP, em que houve precedência dos direitos personalíssimos, posicionou-se no sentido de dar precedência à liberdade de informação em detrimento dos direitos personalíssimos à honra e à imagem do recorrente

em razão de que as informações veiculadas possuíam conexão com a realidade dos fatos à época da divulgação, a saber:

EMENTA: [...] – O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. [...] – A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente (BRASIL. STJ, 2008).

Sem embargos, restou-se claro com a breve discussão acerca desses precedentes que todos os fatores inerentes ao caso concreto devem ser balanceados, não sendo possível preconceber premissas antes mesmo da apreciação das especificidades fáticas. Por conseguinte, a ponderação deve ser feita diante de cada realidade fática, sendo possível que cada circunstância prática gere uma conclusão diferenciada, porém coerente com os fins constitucionais.

Destarte, oportuno se faz registrar que podem ser considerados diferentes raciocínios para se chegar à solução em casos concretos distintos, conforme o grau de exposição e as atividades desempenhadas pelos sujeitos envolvidos na questão, bem como de acordo com as particularidades apresentadas por cada circunstância fática. Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 388) observaram que “Assim, admite-se, tal como na jurisprudência de outros países, que se estabeleçam critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou a menor exposição pública das pessoas”.

Na sua medida, as pessoas que por sua *notoriedade*, as quais se sobressaem em razão da sua própria expressão pessoal, seja em qualquer área – artística, cultural, econômica ou desportiva – também têm seu âmbito de privacidade reduzido. Andrade (*apud* GODOY, 2001 p. 82) denomina essas pessoas de “pessoas da história de seu tempo em sentido absoluto”.

Todavia, tanto as pessoas públicas, quanto as pessoas notórias não podem ter o âmbito dos seus direitos personalíssimos diminuídos em razão de puro sensacionalismo. Tal atitude, com efeito, está longe do fim informativo. Nesse tom, o Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82.424 (BRASIL. STF, 2003, grifo nosso), assentou:

EMENTA: [...] Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. **O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude moral.** As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica [...].

Ademais, não se pode conceber o aniquilamento por completo desses direitos. Deve-se preservar o núcleo inviolável da esfera de cada liberdade pública. A veiculação de informação sobre essas personalidades deve ter relação com a condição que ostentam e compromisso com a verdade.

Entretanto, há casos em que as próprias pessoas têm interesse na divulgação de sua vida pessoal como forma de manter o seu *status* social. Nessas circunstâncias não há que se valer da violação de sua privacidade como forma de galgar indenizações por danos morais quando, na verdade, elas mesmas ensinaram a divulgação de informações a seu respeito.

Desta feita, uma vez verificada a veracidade da informação, bem como observadas as peculiaridades que circundam o caso concreto, de sorte a sopesar se a informação interessa à coletividade ou apenas diz respeito à esfera da vida privada dos envolvidos, chega-se a um resultado através de reflexões lógicas. Ressaltando-se que todo esse processo deve ser realizado pelo juiz ou pelo tribunal, sempre tendo em vista a harmonia com a Constituição, com o princípio da proporcionalidade e da concordância prática.

## 6 APRECIÇÕES FINAIS

À luz dos argumentos expostos, percebe-se que a partir da definição de regras como mandados de definição, que se operam na modalidade do tudo ou nada e, de princípios como mandados de otimização, que se realizam na dimensão do peso ou importância, podendo ser aplicados a várias situações distintas conforme o seu peso perante o caso concreto, pode-se afirmar que o grande salto no estudo das colisões entre direitos fundamentais é a sua caracterização como normas de caráter dúplice.

Essas normas encaixam-se, no entanto, em grande medida, na categoria de princípios, visto que são normas que possuem densa carga valorativa e, ainda que estejam na forma de regras, remetem a princípios em razão do valor ou bem jurídico que protegem. Ademais, em face de

seu caráter relativo e pelo fato de se tratar de normas de mesma dignidade constitucional, devem ser balanceados com os demais direitos fundamentais e valores constitucionais.

Nesse diapasão, às normas de direitos fundamentais, em virtude do seu caráter relativo e de sua faceta principiológica, aplica-se a técnica da ponderação de valores, a qual se apresenta como um processo racional, pelo qual seus enunciados devem ser fundamentados conforme as condições de preferência, isto é, as razões da resolução devem ficar claras e conectadas às peculiaridades da situação fática, assim como aos princípios constitucionais norteadores desta ponderação – unidade da Constituição, concordância prática e proporcionalidade.

Com efeito, com este trabalho buscou-se evidenciar a importância dos direitos fundamentais para uma sociedade democrática e justa, bem como objetivou pôr em foco a técnica da ponderação de valores como saída para a solução da colisão entre direitos fundamentais que mais se aproxime da ideia de justiça, na perspectiva que essas normas possuem eminente caráter principiológico e cumprem papel essencial ao estabelecimento do homem como ser que vive em sociedade, mas que também necessita da tutela de direitos e garantias como indivíduo dentro de uma sociedade pluralista e dinâmica.

Nesta pesquisa, outrossim, foi abordado o conflito entre à privacidade, à intimidade e à honra *versus* o direito à informação, de sorte a ressaltar os aspectos mais relevantes deste confronto, bem como apontou o caminho para que se chegue a uma solução consoante o âmbito de proteção de cada direito fundamental.

Não obstante, a técnica da ponderação deve ser aplicada a qualquer caso de colisão de direitos fundamentais, a fim de se estabelecer um raciocínio que conduza à solução mais adequada ao fim constitucional e as especificidades da situação fática. Nesse sentido, cada caso concreto conduz a uma resolução peculiar às especificidades por ele apresentadas, sendo, pois, possível que haja uma saída distinta para cada casuística, uma vez que os critérios de ponderação são extraídos do próprio caso, apenas encontrando limitação nos princípios constitucionais *supra* aludidos. Portanto, a técnica da ponderação exige que não se tenha premissas preconcebidas quando da análise de um caso, tendo em vista a singularidade de cada realidade fática.

Daí emerge e se torna cada vez mais importante a técnica da ponderação de valores, a fim de que haja, a cada dia mais, a adequação da norma em abstrato ao caso em concreto de uma maneira equilibrada, em que as decisões se pautam em juízo de ponderação e não na aplicação da lei pura, sem levar em conta as particularidades que circundam cada caso. Através da ponderação de bens jurídicos, a aplicação da lei estabelece-se de uma forma mais justa e próxima dos interesses dos indivíduos e do fim constitucional, uma vez que esses dois parâmetros são sopesados quando da ponderação.

## 7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.diretiopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

BARROS, Suzana Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.025.047/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente: P S M, Recorrido: S R de O, Distrito Federal, 26 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200800166732&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 984.803/ES**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente: Globo Comunicações e Participações LTDA., Recorrido: Hélio de Oliveira Dorea. Distrito Federal, 26 maio 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200702099361&dt\\_publicacao=19/08/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200702099361&dt_publicacao=19/08/2009)>. Acesso em: 19 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, Paciente: Siegfried Ellwanger, Impetrantes: Werner Cantalício João Becker, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Distrito Federal, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=82424&classe=HC>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº. 78.426. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Paciente: Antônio Izzo Filho, Impetrantes: Alberto Zacharias Toron e Outra, Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Distrito Federal, 16 mar. 1999. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(78426.NUME.%200U%2078426.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(78426.NUME.%200U%2078426.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 07 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **Medida cautelar em petição nº 2702**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Requerente: Infoglobo Comunicações LTDA e Outros, Requerido: Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira e Outros. Distrito Federal, 18 set. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2702&classe=Pet>>. Acesso em: 10 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Reclamação nº 2040 QO/DF**. Relator Ministro Néri da Silveira, Reclamante: Glória de Los Ángeles Treviño Ruiz, Reclamado: Juiz Federal da 10ª vara da seção judiciária do Distrito Federal, Distrito Federal, Julgamento em: 21 fev. 2002. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(2040.NUME.%20OU%202040.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(2040.NUME.%20OU%202040.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 05 fev. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Ed., 1988. v. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas: 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVAES, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

# A EFICÁCIA DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA NEGATIVA NA REPRESSÃO DOS CRIMES COMETIDOS CONTRA AS ÁGUAS

Giovanna Martins Wanderley<sup>1</sup>

## RESUMO

Não obstante a imprescindibilidade da água para o funcionamento do planeta, sua proteção está aquém do merecido. A punição para a degradação aquífera no Estado brasileiro apesar de presente nas searas penal e administrativa é pouco efetiva em face de deficiências no mais das vezes procedimentais. Com o fito de otimizar a repressão penal, institui-se as multas, que em vez de coagir a abstenção da prática nociva, deu abertura para processos de investigação e cobrança intermináveis pelos inúmeros recursos que se poderia utilizar. Nesse contexto, surgiu a idéia de repressão pela tributação. Considerando que a tributação é um mecanismo natural e indutor de condutas, através da concessão de incentivos fiscais, os poluidores efetivos ou em potencial serão induzidos a não poluir sob pena de perda da benesse fiscal. Nesse contexto, não há que se negar a grande contribuição que esse mecanismo pode dar na repressão dos crimes ambientais, sobretudo os da água.

**Palavras-chave:** Crimes contra a água – Repressão. Tributação Indutora – Incentivos fiscais.

## THE EFFECTIVENESS OF NEGATIVE-INDUCING TAXATION IN THE REPRESSION OF DELICT AGAINST WATER

### ABSTRACT

Even considering the necessity of water for the functioning of the planet, its protected is lower. The punish for the water's destruction in the Brazilian state in spite of this criminal and administrative crops is little effective because of disability in most cases procedural. With the aim of optimizing the criminal, create the fines to that instead of coerce the offense's absten-tion, has opened to the research process and long recovery that could be used. In this context, emerged the idea to punish through taxation. Considering the taxation a natural mechanism inducer of pipelines, through the tax incentives, the effective or potential polluters be induced not to pollute not to lose the tax benefit. In this context, is great the contribution that this mechanism can give in repression of the environmental crimes, particularly those from water.

**Keywords:** Delict against water – Repression. Inducing Taxation – Tax incentives.

1 Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: giovannawanderley85@hotmail.com.



## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 reza em seu artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL. Constituição, 1988).

Não obstante a responsabilidade pelo Meio Ambiente não ser privativo do Estado lato, cabe a este, em face da acanhada consciência ecológica brasileira, interferir de forma mais enérgica, sob pena da degradação mais rápida dos recursos naturais, com destaque para os recursos hídricos.

Enquanto a maioria dos países do planeta vive problemas relativos a escassez da água, o Brasil está numa situação privilegiada em relação a disponibilidade hídrica do seu território, no entanto, convive com a escassez de recursos hídricos devido ao desperdício da água potável, à poluição dos corpos d’água e ao manejo inadequado dos seus mananciais (SOS RIOS DO BRASIL, 2007).

Em 2004, apenas 48,8% dos domicílios brasileiros tinham acesso a rede de coleta de esgoto, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, IBGE. Em algumas regiões como a Sul, a implantação de rede de esgoto não acompanhou o crescimento da população. A indústria, também é uma das principais poluidoras das bacias hidrográficas brasileiras (SOS RIOS DO BRASIL, 2007).

A insuficiência de números que comprovem a atuação nociva do esgoto industrial na poluição das águas brasileiras impossibilita uma análise precisa, porém, as dimensões dessa degradação são percebidas pela participação da indústria na economia brasileira, que chega a mais de 37% do PIB nacional. Apesar das recentes evoluções no que toca a administração de recursos hídricos, a escassez desses recursos em locais onde há boa disponibilidade e a ausência de tratamento dos efluentes industriais, exemplifica a má administração dos recursos hídricos em território brasileiro, no que tange à prevenção.

Neste contexto, a poluição e o uso desordenado da água, sobretudo a que temos por “potável”<sup>2</sup>, tem feito com que o Estado, através de mecanismos econômicos e jurídicos, procure atenuar os efeitos das “externalidades

---

2 Segundo a Companhia de Águas e Esgotos do Estado da Paraíba (CAGEPA, 2009), denomina-se água potável aquela que se apresenta em condições próprias para consumo humano. Isto considerando sob os aspectos organolépticos (odor e sabor), físicos, químicos e biológicos.

negativas” (interferências nocivas), tentando responsabilizar os seus agentes causadores, respaldados pelo princípio do poluidor-pagador. Leonardo Martim Lenz, em ensaio sobre o assunto, aduziu que:

[...] a presença de externalidades justifica a intervenção do Estado, que pode dar-se através de: produção direta ou da concessão de subsídios para gerar externalidades positivas; ou, cobrança de multas ou de impostos para desestimular externalidades negativas. Ou seja, nada mais que uma forma de legitimar a política de atuação do Estado, a qual depende do direito para a sua evolução. [...] Com o Estado adotando uma política preocupada em gerar externalidades positivas com intuito de evitar as negativas, supre-se de certa forma a divergência existente entre economia e meio ambiente. Divergência esta que consiste no fato de que a natureza é estruturada em eventos cíclicos, em que um determinado comportamento do homem pode gerar um impacto ambiental amplo e inclusive afetar ele próprio; enquanto que a economia estrutura-se em eventos lineares, preocupando-se com o lucro, mesmo que à custa de danos ao ambiente (externalidade negativa) (LENZ, 2005).

Apesar da preocupação com a poluição das águas ter se tornado mais notável recentemente, a sua importância vital lhe fez merecer a tutela do Direito Penal, ainda que deficiente como se verá adiante.

## **2 INEFICÁCIA DA REPRESSÃO PENAL DOS CRIMES CONTRA AS ÁGUAS**

Buscando reprimir condutas potencialmente ou efetivamente lesivas à água, o Estado Legislador dedicou os artigos 270 (Crime de envenenamento de água potável ou de substância de alimentícia ou medicinal) e 271 (corrupção ou poluição de água potável) do Código Penal (BRASIL, 1940):

Art. 270 – Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos

§ 1º - Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 271 – Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único – Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Os tipos, entretanto, são pouco utilizados, em face de sua dicção legal (a interpretação restritiva da lei penal dificulta a extensão/adequação da norma) abranger apenas a água potável.

Como uma forma de solucionar a lacuna supramencionada, foram editadas as Leis nº 6.938/81 (Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências) e nº 9.605/98 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente). Entretanto, tratam de forma genérica sobre a poluição, não cumprindo de forma efetiva a tarefa de suprimento dos vazios legais, senão vejamos:

Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981):

Art.15. O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR.

§ 1º A pena é aumentada até o dobro se:

I - resultar:

a) dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente;

b) lesão corporal grave;

II - a poluição é decorrente de atividade industrial ou de transporte;

III - o crime é praticado durante a noite, em domingo ou em feriado.

§ 2º Incorre no mesmo crime a autoridade competente que deixar de promover as medidas tendentes a impedir a prática das condutas acima descritas.

Lei nº 9.605/98 (BRASIL, 1998, grifos nossos):

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

**III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;**

**IV – dificultar ou impedir o uso público das praias;**

V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

A primeira vista pode-se pensar que a limitação legal contida no Código Penal teria sido solucionada pela Lei mencionada, no entanto, não foi. A competência para julgamento, insuficiência de agentes de fiscalização e dificuldade na instrução processual, mais acentuada na identificação do poluidor são apenas algumas das causas que interferem negativamente na aplicação efetiva da norma ambiental.

### **3 DA INEFICÁCIA DA REPRESSÃO ADMINISTRATIVA DOS CRIMES CONTRA A ÁGUA**

Conforme se depreende do conteúdo dos artigos transcritos anteriormente, os crimes prevêem a pena de multa. Essa pena pecuniária, apesar de existir concomitantemente à pena privativa de liberdade, só se tornou realmente coativa após aumento de seu valor. Isto implica dizer que a multa tornou-se fator coadjuvante no desestímulo da prática de atividades nocivas não só às águas, mas ao meio ambiente em sua totalidade.

Apesar de a pena pecuniária ter surtido um efeito repressivo mais significativo do que a pena privativa de direito ou de liberdade, há um fator negativo na sua utilização. Sabe-se que alguns dos maiores poluidores do meio ambiente são as empresas de grande porte que possuem consequentemente alta lucratividade. Empresas desse tipo preferem pagar a multa uma única vez e continuarem poluindo, visto que a continuidade da atividade nociva lhe renderá lucro maior que a pena pecuniária a si imposta. Isto é, a multa não surtirá o desestímulo da prática nociva. Com efeito: “O proprietário de um bem natural só participará para a sua conservação, à medida que os custos para evitar o dano ambiental fiquem abaixo do custo de reparação do dano. Acima desse limite, perde-se o interesse por uma redução da poluição” (DERANI, 2001).

Acrescente-se a isso às manobras processuais existentes para retardar o término do procedimento investigatório e arrecadatório da multa, que dependendo do valor podem percorrer quatro instâncias. A título de ilustração, segue Quadro informativo (INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA, 2003):

Quadro Informativo

|                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4ª Instância (CONAMA)<br>Se a defesa não for recebida ainda cabe recurso ao Conselho Nacional do Meio Ambiente.                                                                                                                                                                       |
| 3ª Instância (Ministério do Meio Ambiente)<br>No caso de indeferimento da defesa e multa com valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) é possível recorrer ao Ministro do Meio Ambiente.                                                                                        |
| 2ª Instância (Presidência do IBAMA)<br>Na hipótese de indeferimento da defesa e multa com valor superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) cabe recurso ao Presidente do IBAMA.                                                                                                   |
| 1ª Instância (Gerência Executiva do IBAMA)<br>Procuradores avaliam com base na legislação, o conteúdo do auto de infração e da defesa oferecida e ao final emitem parecer a ser encaminhado ao Gerente Executivo. Podem solicitar informações adicionais ao fiscal que lavrou o auto. |

Como visto acima, a aplicação de multas, pode otimizar a repressão penal dos crimes ambientais, no entanto pode levar muitos poluidores a crer que se pagaram pelo dano podem poluir. Esse círculo vicioso de poluir e pagar e poluir novamente acarretará mais poluição, agora denominada “legal”. Para que se consiga efetivamente a abstenção de poluir, não basta apenas

punir o agente causador (até porque em alguns crimes não se sabem exatamente quem foi o causador, *v.g.* poluição de rios que percorrem vários estados) como forma de resolver prontamente o dano.

O princípio do poluidor-pagador inserto nas normas repressivas propõe em sua essência, antes uma atuação preventiva, onde a pena é apenas um meio de induzir à prática de condutas ecologicamente corretas. Essa prevenção/precaução necessária à consecução da norma ambiental exige a continuidade necessária para que novas atitudes ecológicas sejam incorporadas ao cotidiano dos efetivos e potenciais poluidores. Nesse diapasão, mais viável é a utilização da tributação indutora, que nada mais é uma forma de intervenção estatal com o fim de induzir aos governados certas posturas desejáveis.

#### **4 A EFICÁCIA DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA NEGATIVA NA REPRESSÃO DOS CRIMES CONTRA AS ÁGUAS**

Até o presente momento vimos que o Estado dispõe de três mecanismos de proteção do meio ambiente: repressão penal, administrativa e regulação fiscal/econômica através da tributação. Restou demonstrado também a ineficiência dos dois primeiros mecanismos, em face dos diplomas legais ambientais serem pouco efetivos em face da amplitude de meios defensivos acarretando na maioria das vezes penalidades meramente administrativas de cunho ordenatório, logo pouco coativas. Em virtude disso, a tributação indutora ambiental assumiu grande posição no elenco das alternativas mais viáveis para a proteção ambiental.

A sistemática desse mecanismo indutor reside no desestímulo da prática nociva através da tributação progressiva, tendente a fazer desaparecer as condutas indesejáveis gradualmente, sob pena da perpetuação da tributação que em longo prazo pode assumir caráter excessivamente oneroso. Acrescente-se que sempre que a tributação de determinada conduta ilícita crescer, um incentivo tributário na mesma atividade deve surgir para aqueles que preferem executa-la de modo ecologicamente correto.

Transportando essa idéia para o tema em estudo, pode-se asseverar que a repressão dos crimes contra a água, consistiria na tributação progressiva tendente a desestimular a prática nociva, o que repercutirá diretamente

no poder aquisitivo do poluidor, que no mais das vezes é uma empresa, que como tal visa o aumento de lucros. Conforme dito alhures, a poluição das águas brasileiras se deve em maior quantidade à atividade industrial, que como empresa também emprega pessoas, desenvolve as áreas em que estão inseridas e sob essa alegativa custam a adotar métodos de funcionamento mais “ecológico”, pela impossibilidade de arcar com custos tão altos.

Muitas municipalidades em busca de empregos para seus munícipes e certo desenvolvimento econômico, incentivam empresas a se instalarem nas suas terras, mas, no entanto, fazem vista grossa para a questão ambiental. A título de ilustração, caso semelhante a esse aconteceu no Vale do Açu onde uma empresa produtora e exportadora de bananas, recebeu incentivos fiscais para se instalar em certa cidade e empregar seus habitantes. No entanto, em sua atividade, era constante o lançamento de agrotóxico no principal rio que abastecia àquele vale. Tal fato foi ignorado por muito tempo, mesmo estando a água imprópria inclusive para consumo animal e utilização doméstica. O fato só tomou importância quando os peixes daquele rio começaram a morrer. Mesmo denunciada e multada, a empresa continuou na prática ilícita e ainda teve o apoio das populações ribeirinhas, que temiam a perda do emprego.

Sobre a tributação imposta aos poluidores, aduziu Modé (2004, p. 83):

A razão motivadora da tributação ambiental não é a mesma sobre as quais se fundam as sanções. A aplicação da tributação ambiental não tem por objetivo punir o descumprimento de um comando normativo (proibitivo); ao contrário, a partir do reconhecimento de uma atividade econômica é necessária à sociedade (seja por fornecer produtos indispensáveis à vida social, seja por garantir empregos e renda a determinada comunidade, ou por outra razão qualquer) busca ajustá-la a uma realização mais adequada ao ponto de vista ambiental, desincentivando pelo reflexo econômico negativo que impõe que o comportamento de um determinado agente econômico ou conjunto de agentes, se modifique para o que tenha por ambientalmente correto.

Sem dúvida alguma, o tributo aparece como uma forma altamente eficaz no sentido da preservação ambiental, pois proporciona ao Estado recursos para agir através da tributação, bem como estimula condutas não poluidoras e ambientalmente corretas (OLIVEIRA, 1995).

Sem prejuízo do que foi explanado até agora, vale registrar por oportuno, que o mecanismo de tributação indutora mais viável na repressão dos crimes contra a água, consiste na concessão de incentivos fiscais. Como a maioria das fontes de água não são únicas de uma localidade, difícil averiguar qual o sujeito passivo tributário/agente causador do dano, estabelecer à competência para fiscalizar (estadual/federal) e, sobretudo ineficaz a preservação da água em apenas uma parte de sua corrente aquífera em face da facilidade da propagação da poluição. De nada adianta resolver o problema local se a atividade degradativa de outros lugares também prejudica a localidade “ecologicamente correta”.

Com efeito, a adoção de medidas tributárias, mormente de incentivo (isenção, anistia, imunidades, não-incidência), serve para implementação de políticas públicas desenvolvimentistas e preservacionistas, concomitantemente (ELALI, 2007).

Acrescente-se ao já exposto o fato da elevada carga tributária brasileira pode ser um empecilho para a aceitação dessa nova forma de repressão de crimes ambientais. Despicienda seria a tributação positiva sobre os crimes contra água, visto que a receita gerada seria menor do que a despesa utilizada para sanar os problemas advindos de sua degradação (doenças, inadequação para uso humano e animal e até mesmo diminuição de potencial turístico).

Destarte, em virtude do que foi apresentado, pode-se afirmar que é clarividente a eficácia da tributação indutora “negativa”, na modalidade de incentivos fiscais *latu sensu* como mecanismo de repressão dos crimes contra a água em detrimento da repressão penal e administrativa (multas).

## 5 CONCLUSÕES ARTICULADAS

Não obstante a responsabilidade pelo Meio Ambiente não ser exclusiva do Estado *lato*, cabe a este, em face da tímida consciência ecológica brasileira, interferir de forma mais enérgica na proteção dos recursos naturais, neles incluída a água.

Com o afã de reprimir condutas potencialmente ou efetivamente lesivas à água, o Estado Legislador dedicou dois artigos (270, Crime de envenenamento de água potável ou de substância de alimentícia ou medicinal e 271,

corrupção ou poluição de água potável) do Código Penal. Os tipos, entretanto, são pouco utilizados, em face de sua dicção legal restringir a tutela apenas a água potável.

Como uma forma de solucionar a lacuna supramencionada, foi editada a Lei 9.605/98 (Política Nacional do Meio Ambiente), que mesmo tratando especificamente sobre os recursos hídricos em alguns dispositivos, trata de forma genérica sobre a poluição. Não obstante, a existência de disposições legais e infralegais protetivas dos recursos hídricos, a competência para julgamento, insuficiência de agentes de fiscalização e dificuldade na instrução processual, mais acentuada na identificação do poluidor são apenas algumas das causas que interferem negativamente na repressão penal dos crimes ambientais.

Considerando que os maiores poluidores são empresas que lucram significativamente em cima da degradação, a aplicação de multas é ineficaz, visto que a continuidade da atividade nociva lhe renderá lucro maior que a pena pecuniária a si imposta. Acrescente-se a isso às alternativas processuais existentes para retardar o término do procedimento investigatório e arrecadatório da multa, que dependendo do valor podem percorrer quatro instâncias.

O princípio do poluidor-pagador inserto nas normas repressivas propõe antes uma atuação preventiva, onde a pena é apenas um meio de induzir à prática de condutas ecologicamente corretas. Nesse ínterim, exige-se uma continuidade, para que novas atitudes ecológicas sejam incorporadas ao cotidiano dos efetivos e potenciais poluidores. Nesse diapasão, mais viável é a utilização da tributação indutora.

A sistemática desse mecanismo indutor reside no desestímulo da prática nociva através da tributação progressiva, tendente a fazer desaparecer as condutas indesejáveis gradualmente, sob pena da perpetuação da tributação que em longo prazo pode assumir caráter excessivamente oneroso. Na modalidade positiva da tributação indutora a receita gerada seria menor do que a despesa utilizada para sanar os problemas advindos de sua degradação (doenças, inadequação para uso humano e animal e até mesmo diminuição de potencial turístico), sem mencionar a alta carga tributária já existente. Considerando isto, pode-se afirmar que a aplicação da tributação na modalidade negativa, através dos incentivos fiscais *lato sensu* é

mais eficaz, pois como foi visto acima, é mais hábil na indução de condutas protetivas da água que por sua própria natureza dificulta a aplicação das penas legais e administrativas.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. 1940. Cd Jurídico Rideel.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.938/81 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981. CD Jurídico Rideel.

\_\_\_\_\_. **Lei 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. 1998. CD Jurídico Rideel.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal de 1988**. CD Jurídico Rideel.

COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTOS DA PARAÍBA – CAGEPA. **Conceitos sobre a água**. Disponível em: <[http://www.cagepa.pb.gov.br/informacoes\\_conceitos.php](http://www.cagepa.pb.gov.br/informacoes_conceitos.php)>. Acesso em: 16 jun. 2009.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ELALI, André. **Tributação e regulação econômica**: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA. **Instrução Normativa 08/2003**. Dispõe sobre processo de Auto de Infração e procedimentos de cobrança de débitos. 2003. Disponível em: <<http://74.125.93.132/>>

search?q=cache:quyXFaN5H5AJ:www.viajuridica.com.br/downloads/port-IBAMA-08-03.doc+IN+08/2003+IBAMA&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 jun. 2009.

LENZ, Leonardo Martim. Proteção ambiental via sistema tributário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 589, 17 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6343>>. Acesso em: 16 jun. 2009.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2004.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

SOS RIOS DO BRASIL. **O uso da água no Brasil**. 2007. Disponível em: <<http://sosriosdobrasil.blogspot.com/2008/08/poluio-das-guas-no-brasil.html>>. Acesso em: 16 jun. 2009.



# A TUTELA PENAL DA ORDEM TRIBUTÁRIA E A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE MEDIANTE PAGAMENTO DO DÉBITO

Santiago Gabriel Hounie<sup>1</sup>

## RESUMO

Analisa a constitucionalidade da extinção de punibilidade dos crimes tributários mediante o pagamento de débito, em uma visão do processo histórico da construção normativa da sonegação fiscal, examinando-se a legislação penal brasileira. Verifica que a Lei 11.941/09, ao instituir modalidade específica de extinção de punibilidade aos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e arts. 168-A e 337-A, do Código Penal, ofendeu o princípio da isonomia, violando o princípio da proporcionalidade na forma da proibição de insuficiência. Conclui que do ponto de vista jurídico, não há razão para criar essa espécie de extinção de punibilidade, mantendo-a válida no ordenamento tributário.

**Palavras-chave:** Crimes tributários. Sonegação fiscal. Extinção de punibilidade. Pagamento de débito.

## THE CRIMINAL PROTECTION OF THE TAX ORDER AND THE EXTINCTION OF PUNISHABLE UPON PAYMENT OF DEBT

## ABSTRACT

This article analyses the constitutionality of the extinction of the tax crime punishment through the payment of the debt by the point of view of the historical process of the normative construction of the tax misappropriation, examining the Brazilian penal legislation. It was confirmed that the law number 11.941/09, in establishing the specific modality of the extinction of the punishment in the 1st and 2nd articles of the law number 8.137/90 and the articles number 168-A and 337-A, of the Penal Code, offended the isonomy principle, violating the proportionality principle in the form of the suppression of the insufficiency. It is concluded that, from the juridical point of view, there is not any reason to create this kind of extinction of punishment, keeping it valid in the tributary order instead.

**Keywords:** Tributary crimes. Tax misappropriation. Punishment extinction. Debt payment.

---

1 Bacharel em Direito. Pós-Graduando no Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal no Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: santiago.sgh@dpf.gov.br.



## **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Quando se analisa a legislação penal brasileira, identifica-se no micro-sistema penal tributário regra própria de extinção de punibilidade para seus delitos: o pagamento do débito. Diferentemente da solução vigente para esta modalidade de crime do “colarinho branco”, equiparável à própria absolvição, ainda que em curso a ação penal, percebe-se que em relação aos delitos em geral, praticados sem violência ou grave ameaça, a reparação do dano ou restituição da coisa antes do recebimento da denúncia importam tão-somente em redução de pena.

Partindo dessa constatação, e tendo como pressuposto que entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o presente estudo se propõe a analisar a constitucionalidade da extinção de punibilidade dos crimes tributários mediante o pagamento do débito, notadamente à luz dos princípios da isonomia e proporcionalidade, não sem antes abordar o processo histórico de construção normativa da sonegação fiscal e os próprios fundamentos jurídicos para a tutela penal da ordem tributária.

## **2 LEGISLAÇÃO PENAL TRIBUTÁRIA: RETROSPECTIVA**

A legislação penal tributária no Brasil remonta ao período do Império, cujo Código Criminal de 1830, em seu art. 177, previa figura equiparada ao contrabando e descaminho, vindo posteriormente a ser substituída pelo art. 265, do Código Penal Republicano de 1890, e o art. 334 do vigente Código Penal de 1940, com redação modificada pela Lei 4.729/65.

Na legislação extravagante, merece menção a Lei 4.729/65, que definiu os crimes de sonegação fiscal (BRASIL, 1965), e, principalmente, a que em parte a sucedeu, qual seja a Lei 8.137/90, atualmente em vigor.

A Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo. Os tipos penais tributários estão descritos nos arts. 1º, 2º e 3º desse diploma (BRASIL, 1990).

No que tange aos crimes de sonegação de contribuição previdenciária e de apropriação indébita previdenciária, que também são delitos contra a ordem tributária, surgiram em longínqua data.

A falta de recolhimento ao órgão previdenciário de contribuições descontadas dos empregados foi incriminada primeiramente com o Decreto-Lei 65/37, regra revogada posteriormente em face do art. 86 da Lei 3.807/60 – Lei Orgânica da Previdência. O tipo penal foi ainda previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, substituído pelo art. 95, alínea “d”, da Lei 8.212/91 para, finalmente, ingressar no Código Penal, com a introdução do art. 168-A, em vigência, com redação dada pela Lei 9.983/00.

O crime de sonegação de contribuição previdenciária foi previsto no art. 95 da Lei 8.212/91 e, posteriormente, inserto no Código Penal através da Lei 9.983/00, pelo que se introduziu o art. 337-A.

No que se refere à extinção de punibilidade mediante pagamento do débito, a própria Lei 4.729/65, que instituiu os crimes de sonegação fiscal, estabeleceu-a no art. 2º. na hipótese do agente promover o recolhimento do tributo devido antes do início da ação fiscal (BRASIL, 1965). O Decreto-lei 157/67, em seu art. 18 (BRASIL, 1967), ampliou o benefício, de sorte a permitir a extinção de punibilidade com a satisfação do crédito tributário mesmo após iniciada a ação fiscal – mas antes do julgamento do processo administrativo – e, também, nos crimes de contrabando e descaminho<sup>2</sup>. A Lei 5.498/68, por seu turno, fixou a extinção de punibilidade dos crimes previstos na Lei 4.729/65 para os contribuintes de imposto de renda que satisfizessem o crédito no prazo de trinta dias da publicação da lei, sem qualquer outra referência temporal (BRASIL, 1968).

Com a edição da Lei 8.137/90, os efeitos da extinção de punibilidade se estenderam aos tributos em geral (arts. 1º a 3º dessa lei) e contribuições sociais, desde que houvesse o pagamento integral do principal e dos acessórios antes do recebimento da denúncia (art. 14). Um ano depois, publicada a Lei 8.383/91 (art. 98), o dispositivo foi revogado (BRASIL, 1991)<sup>3</sup>. Quatro anos adiante, a Lei 9.249/95 renovou a possibilidade de extinção de punibilidade prevista no art. 14, da Lei 8.137/90, isto é, mediante pagamento efetuado antes do recebimento da denúncia, todavia, excluiu o benefício da conduta descrita no art. 3º da lei. No ano de 2000, instituído o Programa de Recuperação Fiscal, mais conhecido como REFIS (Lei 9.964/00), admitiu-se

---

<sup>2</sup> BRASIL. STF. Súmula 560.

<sup>3</sup> A revogação do art. 14 da Lei 8.137/90 ocorreu para obstar erro crasso do Poder Legislativo, que permitiu essa modalidade de extinção de punibilidade no crime de corrupção praticado por agente de tributação (art. 3º).

a suspensão da pretensão punitiva para os contribuintes ainda não denunciados criminalmente que aderissem ao programa de parcelamento do débito – cuja quitação importaria na extinção de punibilidade (BRASIL, 2000a). Em seguida, a Lei 9.983/00, que introduziu os arts. 168-A e 337-A no Código Penal, tão-somente em relação a esses delitos, estabeleceu que a confissão espontânea à previdência social, antes do início da ação fiscal, extingue a punibilidade (BRASIL, 2000b). Com a Lei 10.684/03, permitiu-se a modalidade de extinção de punibilidade a qualquer tempo, uma vez satisfeito o crédito tributário; a hipótese de parcelamento do débito, igualmente a qualquer tempo, suspendia a pretensão punitiva (BRASIL, 2003). Finalmente, a Lei 11.941/09, em vigor, renovou os termos da Lei 10.684/03, mas explicitando a aplicabilidade do instituto em favor da pessoa física (BRASIL, 2009).

Os arts. 1º. a 3º. da Lei 8.137/90 têm a seguinte redação:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;  
III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;  
IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (BRASIL, 1990).

Os arts. 168-A e 337-A, do Código Penal, são os seguintes:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que

tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - (VETADO)

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios,

seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

§ 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa.

§ 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social (BRASIL, 1940).

A atual redação da Lei 11.941/09, que trata da extinção de punibilidade mediante pagamento do débito e da suspensão da pretensão punitiva em razão do seu parcelamento, é a seguinte:

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal (BRASIL, 2009).

### **3 BASES JURÍDICAS PARA A CRIMINALIZAÇÃO DA SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Embora os tipos penais de sonegação ou fraude fiscal tenham sofrido pequenas alterações ao longo das últimas décadas, o mesmo não se pode dizer em relação à extinção de punibilidade mediante pagamento do crédito tributário, cujo afrouxamento das regras é evidente. Se, inicialmente, para

operar seus efeitos, a reparação do dano tinha de ser realizada antes do início da ação fiscal, com o passar dos anos deslocou-se o termo para a ação penal – recebimento da denúncia – e, recentemente, para o trânsito em julgado da condenação criminal.

O discurso de aumento da arrecadação levou o legislador a oferecer cada vez mais facilmente a benesse em troca do pagamento do tributo, de sorte a estabelecer uma trilha econômica entre a conduta criminoso e a impunidade.

Para Machado (2008, p. 203), por exemplo, ante os fins utilitaristas da legislação penal tributária brasileira, “Não há dúvida, portanto, de que a criminalização do inadimplemento de obrigações tributárias entre nós, infelizmente, representa *‘el terror penal para que la gente satisfaga los tributos’*”.

Dílio Procópio de Alvarenga, por seu turno, citado por Decomain (2008, p. 622), assim se manifestou:

Eis porque dissemos que o legislador deu prevalência ao interesse mediatamente tutelado (crédito tributário), minimizando o imediatamente protegido (fé pública, administração pública). Eis porque, também, dissemos que o direito penal foi transformado em mero cobrador de tributos. Parece-nos pouco moralizadora essa causa de extinção de punibilidade, haja vista que, afinal, só o remisso incorrerá na sanção. Quem paga, livra-se da pena; quem não paga, sofre a imposição da pena. Não seria, então, uma prisão por dívida, incidente, portanto, na vedação constitucional (art. 153, par. 17 da Constituição Federal).

Hugo (2007, p. 63) chega ao ponto de propor que “a extirpação da punibilidade do crime tributário pelo pagamento do tributo revela-se como forma de descriminalização implícita do delito tributário no Brasil”.

A questão ressuscita dúvidas acerca do sentido dessa criminalização, até porque na experiência histórico-comparativa a doutrina admite três perspectivas para a fraude fiscal (KALACHE, 2006, p. 149).

Para quem identifica no bem jurídico a pretensão do fisco de obter tão-somente receitas tributárias, o que se está a proteger é o patrimônio público, a Fazenda Pública.

Se a questão é o cumprimento de obrigações acessórias, o bem jurídico tutelado é o dever de informação e de verdade que se exige do contribuinte.

Há também quem proponha a combinação dos dois modelos anteriores, isto é, a idéia de que a proteção penal é tanto dos interesses patrimoniais-fiscais como dos valores da verdade, da transparência.

Para identificar a razão de existir dos crimes tributários, segundo a legislação brasileira, há de se ter como ponto de partida o processo de construção normativa, o que será feito a seguir.

### **3.1 O bem jurídico protegido**

Conforme lição de Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 132) “a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela”. Para os autores, as normas jurídicas decorrem de decisão política. Na seara penal, a política criminal, que está inserta na política em geral e se vincula necessariamente a uma ideologia, leva à escolha de determinados bens para receber a tutela penal. A norma penal é resultado então de decisão política e o bem jurídico por ela tutelado constitui o seu componente teleológico, isto é, a finalidade de sua existência.

Para a tarefa de elaboração das leis penais, tem-se como ponto de partida a Constituição, pois esta, como primeira manifestação legal da política, revela os bens jurídicos representativos dos interesses fundamentais do homem passíveis de proteção. Trata-se de referencial negativo, barreira intransponível para o legislador ordinário. Portanto, a decisão de criminalizar deve obedecer às linhas gerais traçadas pela Constituição e promover a tutela de bem jurídico nela previsto.

No Brasil, a Constituição Federal, Constituição Cidadã no dizer do Deputado Constituinte Ulysses Guimarães (SILVA, 1994), promulgada no ano de 1988, restabeleceu o Estado de Direito Democrático e assegurou, entre tantos outros direitos fundamentais, o direito à vida, à liberdade, à igualdade. Outrossim, a Carta Magna incorporou bens jurídicos de caráter transindividual, social, coletivo ou comunitário, tais como o meio ambiente, a saúde e a ordem econômica, exigindo do Estado atuação positiva (BRASIL. Constituição, 1988).

A nova ordem jurídica abriu caminho para o moderno Direito Penal, que assegura a proteção de ordem individual assim como a de bens

jurídicos transindividuais, de vitimização difusa. É o caso do meio ambiente e da ordem tributária<sup>4</sup>.

Para exercer as atividades estatais e, assim, atender aos mandamentos da Constituição Federal, há necessidade de recursos volumosos, captados da sociedade. Segundo Anabela Miranda Rodrigues, citada por Ferreira (2002, p. 25):

É hoje um dado adquirido a *eticização do direito penal fiscal*, uma vez que o sistema fiscal não visa apenas arrecadar receitas, mas também a realização de objetivos de justiça redistributiva, tendo em conta as necessidades de financiamento das actividades sociais do Estado.

A satisfação das necessidades sociais, dessa forma, pressupõe o financiamento do Estado pela sociedade, o que se dá com o pagamento de tributos, fixados segundo regras estabelecidas na própria Constituição Federal, que erigiu o sistema tributário a valor jurídico-constitucional. Sem tributação, o Estado não tem condições de promover as ações designadas no texto constitucional.

Assim, incorporou-se à Constituição Federal o sistema tributário, bem como outros bens jurídicos de natureza transindividual, social, coletiva ou comunitária, todos merecedores de proteção especial. Nesse contexto, repercutindo a Carta Magna, o legislador editou a Lei 8.137/90, com a finalidade de proteger a ordem tributária (bem jurídico tutelado), isto é, o sistema constitucional de tributação garantidor do interesse difuso da sociedade ao efetivo funcionamento do Estado.

Vê-se, então, que os tipos penais tributários<sup>5</sup> tutelam interesse fundamental valioso aos indivíduos, de índole constitucional. A criminalização da sonegação ou fraude fiscal não se presta a garantir a mera arrecadação ou preservar o patrimônio público, ou ainda, os valores da verdade e transparência, mas sim a proteger a ordem tributária. Relevante o interesse da Fazenda Pública no crédito tributário, mas aqui é secundário. A esse respeito, assinala acertadamente Ferreira (2002, p. 30):

4 Para não sobrepor o coletivo sobre o individual, a tutela penal em questão não visa garantir o interesse do Estado, mas sim da coletividade na medida em que o bem jurídico serve ao desenvolvimento pessoal do indivíduo (HASSEMER *apud* LÄSSMAYER; BUSATO, 2010).

5 Arts. Lei 8.137/90 e arts. 168-A e 337-A, do Código Penal (BRASIL, 1940).

As condutas descritas na Lei 8.137/90, assim, longe de constituírem meras infrações fiscais patrimoniais, consubstanciam violação à normalidade da ordem tributária, com reflexos em toda a coletividade, dada a natureza do interesse juridicamente tutelado, porquanto a prática de qualquer ação típica e ilícita contra a ordem tributária provoca um dano ou lesão que se difunde, necessária e inexoravelmente, por toda a sociedade. De tal sorte, nos crimes contra a ordem tributária, a coletividade aparece como sujeito passivo principal, figurando o Estado – titular do poder tributante –, e, eventualmente, o particular, como sujeitos passivos secundários.

Mas se o bem jurídico tutelado tem representatividade constitucional, para assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos frente ao arbítrio estatal, partindo de considerações político-criminais, a decisão pela intervenção penal também deve atentar para outros aspectos.

### **3.2 A intervenção mínima, a fragmentariedade e a subsidiariedade**

A função limitadora do bem jurídico impede o legislador de incriminar qualquer conduta, restringindo-o às hipóteses de efetivo risco a bem jurídico constitucionalmente previsto. Entretanto, nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, assim como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a sancionar as ações mais graves dirigidas contra os bens jurídicos mais importantes.

O princípio da legalidade impede o arbítrio judicial, mas não o do legislador, daí Bitencourt (2002, p. 232) afirmar que o princípio da intervenção mínima é aquele que orienta e limita o poder incriminador do Estado. O direito penal deve ser a *última ratio*, de sorte que a intervenção do direito penal só se faz aceitável em casos de ataques relevantes a bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Para Dotti (1998, p. 110), o princípio da intervenção mínima:

Visa restringir a incidência das normas incriminadoras aos casos de ofensas aos bens jurídicos fundamentais, reservando-se para os demais ramos do ordenamento jurídico a vasta gama de ilicitudes de menor expressão, em termos de dano ou perigo de dano. A aplicação do princípio, resguarda o prestígio da ciência penal e do magistério punitivo contra os males da exaustão e da insegurança que a conduz a chamada inflação legislativa.

Disso decorre que o Direito Penal é fragmentário, uma vez que somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens jurídicos relevantes carecem dos rigores do direito penal. Segundo Muñoz Conde (*apud* BITENCOURT, 2002, p. 13), a respeito do princípio, há três aspectos a considerar: primeiramente, o Direito Penal defende o bem jurídico, mas apenas contra ataques de especial gravidade; só tipifica parte das condutas que outras ramificações do Direito consideram antijurídicas; por último, deixa sem punir ações meramente imorais.

No que se refere à subsidiariedade, consiste na assertiva de que o Direito Penal é um remédio sancionador extremo, que deve ser ministrado apenas quando nenhum outro se mostrar suficiente para resolver o conflito. A incursão do direito penal só se justifica quando os outros ramos do direito se revelam ineficazes em sua intervenção.

Sob essa perspectiva, a Lei 8.137/90 e os arts. 168-A e 337-A do Código Penal miraram o sistema constitucional de tributação, garantindo proteção à ordem tributária e ao efetivo funcionamento do Estado, interesse difuso da sociedade. Ao criminalizar a fraude fiscal, tratou de tema já disciplinado no ordenamento jurídico, notadamente na legislação tributária, cuja disciplina já as prevê como ilícitas, no entanto, acertadamente, deixou de lado o mero inadimplemento do crédito e concentrou-se na fraude, no falso dirigido para a sonegação, estas sim condutas de especial gravidade. Buscou-se assim dar à ordem tributária proteção que não restou satisfeita pela legislação tributária de natureza não criminal.

Em suma: a tutela penal da ordem tributária não encontra qualquer embaraço de ordem constitucional porque: 1) reporta-se à proteção de bem jurídico previsto na Constituição; 2) no moderno Direito Penal, é possível a proteção de bens jurídicos transindividuais; 3) atende aos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade.

#### **4 A PUNIBILIDADE DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E A EXTINÇÃO MEDIANTE PAGAMENTO DO DÉBITO**

Para a doutrina majoritária o delito é conduta típica, antijurídica e culpável, conceito ao qual não integra a punibilidade, apenas resultado daquele.

Na lição de Zaffaroni (2002, p. 742), todo delito é punível no sentido de merecedor de pena, no entanto, a punibilidade no Direito Penal significa tão somente a possibilidade de aplicar a pena.

A coerção penal não se opera quando houver obstáculos ou causas<sup>6</sup> de natureza penal ou processual. As causas de natureza penal são divididas entre as que excluem ou extinguem a punibilidade, a depender do momento em que se faz cessar a coerção penal. Os crimes contra o patrimônio não violentos praticados entre parentes<sup>7</sup> figuram como causa de exclusão da punibilidade, ao passo que a morte do agente, conforme o art. 107, I, do Código Penal, e o ressarcimento do dano no peculato culposo previsto no art. 312, § 3º, do Código Penal exemplificam causas de extinção da punibilidade. A prescrição e a decadência são exemplos de causas de natureza processual para a exclusão da coerção penal. Há também causas de retirada parcial da punibilidade, como é o caso do arrependimento posterior<sup>8</sup>.

Nesse cenário, o pagamento do crédito tributário previsto no art. 69 da Lei 11.941/09 se situa entre as causas penais de extinção da punibilidade. A suspensão da pretensão punitiva em razão do parcelamento do débito é condição processual que impede a operatividade da coerção penal.

Assim como as regras incriminadoras ou quaisquer outras normas jurídicas, as hipóteses de extinção de punibilidade devem estar em conformidade com a Constituição, portanto, as “razões de política criminal” – expressão de uso frequente pela doutrina ao tratar desse capítulo do Direito Penal – não podem, isoladamente, amparar as pretensões de não aplicação da pena.

A morte, por exemplo, causa extintiva de punibilidade prevista no inciso I do art. 107, do Código Penal, repercute princípio de que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente, nos termos do art. 5º, XLV, da Constituição Federal (MIRABETE, 2009). A prescrição<sup>9</sup>, por seu turno, cuja função é limitar a possibilidade da persecução ou sanção penal se eternizar, vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>10</sup>.

6 De acordo com o Código Penal (art. 107), extingue-se a punibilidade (causas gerais): I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou perempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII e VIII – (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005); IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei (BRASIL, 1940).

7 Art. 181, Código Penal (BRASIL, 1940).

8 Art. 16, Código Penal (BRASIL, 1940).

9 Art. 107, IV, Código Penal (BRASIL, 1940).

10 Art. 1º, III, Constituição Federal (BRASIL. Constituição, 1988).

Obviamente, não há exigência de identidade entre as causas de extinção ou exclusão de punibilidade e uma regra ou princípio constitucional, todavia, imprescindível é a conformação à Carta Magna.

Nessa perspectiva, sob enfoque constitucional, a extinção de punibilidade mediante pagamento do débito prevista no art. 69 da Lei 11.941/09 importa em violação aos princípios da igualdade e proporcionalidade. Igualmente inconstitucional é o art. 68 da mesma lei, que trata da suspensão da pretensão punitiva na hipótese de parcelamento da dívida.

#### **4.1 Violação ao princípio da isonomia**

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, entre outros direitos, a igualdade. A repetição do termo parece não ter sido em vão.

Silva (1994, p. 210) menciona que na doutrina alienígena faz-se a distinção entre igualdade perante a lei – correspondente à obrigação de aplicar as normas jurídicas ao caso concreto, sem exceções, nos termos por elas dispostos, comando esse dirigido aos seus aplicadores – e igualdade na lei, exigência de que as normas jurídicas não estabeleçam distinções não previstas na Constituição, regra voltada tanto para os operadores jurídicos como para os legisladores. Para o autor, a igualdade prevista na Constituição compreende os dois conceitos e dirige-se a ambos, isto é, legislador e aplicador da lei.

Da mesma forma, segundo Moraes (2001, p. 63), o princípio da igualdade tem dupla finalidade limitadora: ao legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, impedindo-o de criar tratamentos diferenciados a pessoas em situações idênticas; ao intérprete ou autoridade pública, na aplicação das normas ao caso concreto, obstando que sexo, classe social, raça, convicções políticas sirvam de razão para estabelecer tratamento distinto.

Assim, a igualdade do ponto de vista formal é a garantia de tratamento idêntico pela lei. Materialmente, a igualdade se identifica com a justiça, de sorte a aspirar à equalização das condições desiguais, permitindo-se distinções para esse desiderato.

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha (*apud* SILVA, 1994, p. 209): “Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo

justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”.

Desse modo, pelo princípio da igualdade, não se admite distinção na lei que não encontre suporte constitucional.

Na hipótese da Lei 11.941/09, estabeleceu-se a reparação do dano – pagamento do débito – como critério de extinção de punibilidade para os crimes dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, assim como os delitos dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, um privilégio no contexto da legislação ordinária.

De fato, o art. 16 do Código Penal, que trata do arrependimento posterior, preceitua que nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça a reparação do dano ou restituição da coisa, antes do recebimento da denúncia ou queixa, reduz a pena de um a dois terços. Assim, enquanto no furto a restituição da coisa ou o seu equivalente importa numa causa de retirada parcial da punibilidade, ação equivalente do agente ativo no crime tributário exclui por completo a aplicação da pena e, ademais, pode ser feita a qualquer tempo, desde que antes do trânsito em julgado da condenação penal. É o arrependimento posterior a qualquer tempo.

Curioso é que antes da reforma do Código Penal introduzida pela Lei 7.209/84 (BRASIL, 1984), o instituto se situava entre as circunstâncias atenuantes genéricas, todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao tratar da fraude de pagamento por meio de cheque<sup>11</sup>, decidiu pela falta de justa causa para a ação penal quando o título fosse pago antes da denúncia, do que resultou a Súmula 554. As tentativas para estender a benesse aos demais delitos patrimoniais não lograram êxito, restando rechaçadas pela Corte Suprema.

Na Lei 9.605/98, que trata dos crimes contra o meio ambiente, tutela penal de natureza difusa, a reparação do dano se situa entre as circunstâncias atenuantes<sup>12</sup>, mas, em se tratando de delito de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapassa dois anos, consiste em pressuposto<sup>13</sup> para a transação penal<sup>14</sup>. Portanto, nos delitos que têm pena máxima superior a dois anos, a composição do dano figura tão somente como critério

11 Art. 171, §3º, Código Penal (BRASIL, 1940).

12 Art. 14, II, Lei 9.605/98 (BRASIL, 1998).

13 Art. 27, da Lei 9.605/98 (BRASIL, 1998).

14 Art. 76, Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995).

para a fixação da pena. Não se vê solução igualmente grave na hipótese dos crimes tributários, cujo art. 1º da Lei 8.137/90 comina sanção de dois a cinco anos de reclusão.

No Código Penal, benefício igual ao da Lei 11.941/09 só é encontrado no art. 312, §§ 2º e 3º, que trata da modalidade culposa de peculato. Os crimes tributários previstos nos arts. 1º e 2º são exclusivamente dolosos.

Importa repetir que o crime de sonegação consiste na fraude, no falso, esforço direcionado ao não pagamento do tributo. A jurisprudência assentou entendimento de que o falso como crime-meio resta absorvido pelo crime tributário, decorrência do princípio da consunção. Mas o que dizer do delito de falsidade em sua pureza, sob essa perspectiva necessariamente menos grave que o crime tributário e, paradoxalmente, destituído de semelhante causa extinção de punibilidade?

Percebe-se então que a Lei 11.941/09 introduziu no ordenamento dispositivo que impôs tratamento abusivamente diferenciado em favor dos agentes dos delitos tributários, sem qualquer respaldo constitucional, tornando desiguais situações equivalentes, quer de vitimização coletiva (delito contra o meio ambiente), quer não (crimes praticados contra a administração pública ou patrimônio sem violência ou grave ameaça), e igualando o que é essencialmente distinto (peculato culposos). A par disso, tende a nivelar contribuintes em situações bem distintas. Aquele que fraudou ou produziu o falso e não adimpliu os tributos, na hipótese de arrependimento posterior acaba equiparado ao mero inadimplente, que deixou de pagar porque não pôde ou não quis, sem ludibriar a Administração Pública, e até ao adimplente, que cumpriu com suas obrigações.

## **4.2 Violação ao princípio da proporcionalidade**

Em linhas gerais, o princípio da proporcionalidade decorre da legalidade e é aquele em que se estabelece o equacionamento entre os meios e os fins. Originalmente, trata-se de limite constitucional à liberdade de conformação do legislador, coibindo-se desvios de finalidade e excessos de poder.

O princípio corresponde à concepção garantista do Direito, especialmente do Direito Penal, mas na atualidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, posto que vinculada igualmente a um dever de proteção por

parte do Estado – a chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal.

Com efeito, partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais comportam uma dimensão negativa e outra positiva, de um lado impõe-se ao Poder Público limites de atuação, impedindo ingerências indevidas na sua esfera e, de outro, a exigência de ação positiva na sua função de promover a sua proteção, obrigando-o a intervir, inclusive no campo penal. Ao deixar de atuar ou atuar de modo insuficiente na proteção de direito fundamental, o Estado não cumpre com os seus deveres constitucionalmente previstos, incorrendo na chamada proibição de insuficiência.

Haverá então inconstitucionalidade tanto por excesso de Estado, desproporcionalidade entre meios e fins, como também na proteção insuficiente de um direito fundamental, como ocorre quando o Poder Público abre mão de determinadas sanções penais.

Segundo a lição de Canotilho (*apud* DINIZ, 2008, p. 819), a proporcionalidade na função de proibição de excesso se divide em três subprincípios: adequação de meios apropriados para a consecução dos fins pretendidos; necessidade de que não haja outro meio menos gravoso para a obtenção do fim colimado; proporcionalidade em sentido estrito, que avalia se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

Por se tratar de campo recente, a proibição de insuficiência não apresenta construção teórica tão elaborada, no entanto, segundo Juarez Freitas (*apud* SARLET, 2010, p. 28), guarda ao menos uma conexão com a categoria de proibição de excesso: “O princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretrorquíveis violações ao princípio”.

Tal qual o princípio da igualdade, a proporcionalidade dirige-se a todos os órgãos estatais e, no que se refere ao legislador, sob essa nova ótica restringe ainda mais sua liberdade de conformação das normas criminais. Não pode ele, por exemplo, a seu bel prazer, simplesmente descriminalizar os delitos sexuais ou contra a vida, porque o viés do garantismo não é tão somente negativo.

Tomada de empréstimo a lição, identifica-se que o regramento acerca dos crimes contra a ordem tributária, no qual se insere a extinção de punibilidade mediante pagamento do débito, está aquém dos níveis mínimos de proteção

constitucionalmente exigidos para a ordem tributária. Com a Lei 11.941/09 e as demais que a antecederam, o Estado abriu mão da proteção através do Direito Penal, em evidente prejuízo ao sistema tributário. Sem qualquer justificativa, não obstante o grau de sonegação no Brasil, vulnerou-se ainda mais a ordem tributária e deu-se à fraude, ao falso direcionado ao não pagamento do tributo os contornos de uma mera irregularidade tributária. Ofendeu-se o princípio da proporcionalidade e, por conseguinte, violou-se a Constituição.

## 5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A Constituição Federal, ao tratar do sistema tributário, revela-o como um de seus bens jurídicos representativos dos interesses fundamentais do homem, passível de proteção.

No moderno Direito Penal assegura-se a proteção de ordem individual e também de bens jurídicos transindividuais, de vitimização difusa; em qualquer caso, a tutela deve ter representatividade constitucional.

A ordem tributária tem status constitucional e, portanto, pode ser protegida penalmente em situações de especial gravidade, assim consideradas aquelas dos arts. 1º, a 3º, da Lei 8.137/90 e arts. 168-A e 337-A do Código Penal.

Por outro lado, as normas jurídicas de retirada da punibilidade estão sujeitas às mesmas regras que as demais, isto é, pelo princípio da supremacia da constituição devem adequar-se plenamente aos seus comandos.

A Lei 11.941/09, ao instituir modalidade específica de extinção de punibilidade aos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e arts. 168-A e 337-A do Código Penal, concedeu a seletivo grupo de agentes do crime tratamento abusivamente diferenciado, em clara ofensa ao princípio da isonomia. Ademais, instituiu regramento que está aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos para a ordem tributária, violando o princípio da proporcionalidade na forma da proibição de insuficiência.

Do ponto de vista jurídico não há razão para criar essa espécie de extinção de punibilidade, ou ainda, mantê-la como válida no ordenamento. O argumento é outro.

No Brasil, desde que Tobias Barreto enfrentou a concepção do criminoso atávico de Cesare Lombroso, percebe-se que o crime é um fato humano, um fenômeno social. Essa linha de pensamento abriu espaço para outras

formulações, inclusive as de Edwin Sutherland, responsável pela expressão “crimes do colarinho branco”, para quem, em relação aos crimes econômicos e financeiros relacionados a determinado grupo de indivíduos (empresários, homens de negócios, políticos), o sistema penal não é efetivo, ao contrário do que ocorre com os crimes comuns, vinculado às classes mais baixas.

O Direito Penal não é neutro e o crime não é natural.

Os crimes do colarinho branco ou não ingressam no sistema penal ou são dele retirados deliberadamente.

Na década de 70, com a edição da Súmula 554, o Supremo Tribunal Federal criou dissimuladamente uma nova modalidade de extinção de punibilidade para a fraude no pagamento por meio de cheque e, posteriormente, rechaçou a sua aplicação a outros crimes patrimoniais praticados sem violência.

Não é difícil concluir como Velloso (2007, p. 90) de que o direito penal existe, antes, “para punir a pobreza, para controlar os membros da ‘*rabble class*’, regendo o controle e a seleção social, não pelo equilíbrio e igualdade, mas pela força exercida pela ameaça de prisão”.

Resta indagar se, três décadas depois, agora unicamente sob o discurso do garantismo negativo, o Supremo Tribunal Federal adotará postura semelhante em relação aos arts. 68 e 69 da Lei 11.941/09, declarando a sua constitucionalidade<sup>15</sup> e restringindo a aplicação tão somente aos crimes tributários.

## 6 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940**. Código Penal. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967**. Concede estímulos fiscais à capitalização das empresas; reforça os incentivos à compra de ações; facilita o pagamento de débitos fiscais. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0157.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0157.htm)

---

15 ADI 4273/DF

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965.** Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/1950-1969/L4729.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.498, de 9 de setembro de 1968.** Extingue a punibilidade de crimes previstos na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, que define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5498.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5498.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8137.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991.** Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm).

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>.

\_\_\_\_\_. **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. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000.** Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nos 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9964.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.** Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9983.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9983.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.** Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.684.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.** Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.469, de 10 de julho de 1997, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.480, de 2 de julho de 2002, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, e 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e as Leis nºs 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.116, de 18 de maio de 2005, 11.732, de 30 de junho de 2008, 10.260, de 12 de julho de 2001, 9.873, de 23 de novembro de 1999, 11.171, de 2 de setembro de 2005, 11.345, de 14 de setembro de 2006; prorroga a vigência da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995; revoga dispositivos das Leis nºs 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e 8.620, de 5 de janeiro de 1993, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, das Leis nºs 10.190, de 14 de fevereiro de 2001, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.964, de 10 de abril de 2000,

e, a partir da instalação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os Decretos nºs 83.304, de 28 de março de 1979, e 89.892, de 2 de julho de 1984, e o art. 112 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; e dá outras providências. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOTTI, Rene Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA, Roberto dos Santos. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo/SP: Malheiros, 2002.

HUGO, Maicon Guedes. **Política criminal no direito penal tributário: uma abordagem pela descriminalização substitutiva utilizando o direito administrativo sancionador**. Curitiba, 2007. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=85202](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=85202)>. Acesso em: 14 out. 2008.

KALACHE, Maurício. **Crimes tributários**. Curitiba: Juruá, 2006.

LÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Pulo César. **A legitimidade da proteção penal do bem jurídico meio-ambiente**. Disponível em: <[http://direitoerisco.com/site/artigos/A%20 Legitimidade%20da%20 Prote%27%E3o%20Penal%20do%20Bem%20Jur%EDdico%20Meio-Ambiente%20-%20Karin%20Kassmayer,%20Pa ulo %20C%E9 sar%20 Busato.pdf](http://direitoerisco.com/site/artigos/A%20Legitimidade%20da%20Prote%27%E3o%20Penal%20do%20Bem%20Jur%EDdico%20Meio-Ambiente%20-%20Karin%20Kassmayer,%20Pa%20ulo%20C%E9sar%20Busato.pdf)>. Acesso em: 23 fev. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo/SP: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 03 mar. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

VELLOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo/SP: Quartier Latin, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal** brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# A VALORAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A PLENA EFICÁCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA: O dever ser da execução penal e o paradoxo da utopia jurídica, corolário da ineficácia estatal

Charles de Macedo Phelan<sup>1</sup>

Ivanaldo Bezerra Ferreira dos Santos<sup>2</sup>

## RESUMO

Expõe-se o *dever ser* da Lei de Execução Penal Brasileira (LEP) n.º 7.210/84 à luz da aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Demonstra-se, provocando uma leitura crítica das leis, pelo leitor, a fragilidade dos postulados legais face à realidade do país. Explica-se o princípio de forma progressiva e genérica até ingressar-se em seu contexto constitucional específico, relacionado às leis penais e aos direitos humanos, traçando a necessidade de seu uso na seara criminal. Nesse contexto, com o fito de expor a relevância da aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, apresenta-se, de forma sintética, via artigos das constituições comparadas, as leis de todos os países de língua portuguesa e seu intuito garantista aos direitos humanos. O desiderato maior é provocar uma leitura crítica da lei de execução penal percebendo-a antagônica à realidade conhecida por todos os cidadãos.

**Palavras-chave:** Princípio da dignidade da pessoa humana. Direitos humanos. Execução da pena. Violação constitucional. Garantias fundamentais.

**THE VALUATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AS A FOUNDATION FOR THE FULL EFFICIENCY OF THE BRAZILIAN LEGAL EXECUTION LAW:** The principle of the execution law and the paradox of legal utopia, a consequence of state inefficiency

## ABSTRACT

The *obligatory force* of the Brazilian Criminal Execution Statute (LEP) n.º 7.210/84 will be presented, based on the constitutional principles of human dignity. It will demonstrate, by provoking a critical reading of the laws, the fragility of the legal statutes in relation to

1 Advogado. Professor. Pós Graduando em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Escritor e Cronista com publicações nacionais e internacionais. E-mail: charles.phelan@hotmail.com.

2 Juiz de Direito, Doutorando Universidade de Salamanca – Espanha, Professor Universitário.

the country's reality. Initially, the principle will be explained in a progressive and generic manner until it reaches its constitutional context, specifically regarding criminal laws and human rights, demanding its applicability in the criminal field. Within this context, showing the relevance of applying the human dignity principle, it will present, in a succinct manner, through the comparative constitutional articles, as well as through all related articles, the laws from all Portuguese speaking countries and their human rights guaranties. The main goal is to provoke a critical analysis of the criminal statutes, realizing it as contrary to the reality known by all citizens in Brazil.

**Keywords:** Human dignity principle. Human rights. Criminal statute execution. Constitutional violation. Constitutional rights.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca provocar no leitor uma análise crítica entre o *dever ser* do tratamento ao preso, segundo regramento legal, e como efetivamente o apenado é tratado no país. Ao expor, de forma *não* exaustiva, o proposto para a execução da pena no Brasil com base na Resolução de n. 14 de novembro de 1994, que dispõe sobre As Regras Mínimas de Tratamento ao Preso no Brasil, somado ao que dispõe a Lei de Execuções Penais (LEP), ambos à luz da Constituição Federal de 1988, deverá o leitor, com base no exposto, e à luz da realidade nacional, refletir se há ou não violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, corolários da ineficaz aplicação da Lei de Execuções Penais (LEP).

Não é de todo estranho no Brasil se escutar acerca das mais diversas violações a direitos individuais, ao *Dignus*, palavra em latim que se refere à dignidade, e que significa **aquele que merece estima e honra**. Não podendo restringir o alcance da palavra “honra”, sabe-se de sua correlação com o que chamamos de “moral”. De tal feito, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Artigo 5.º, inciso XLIX, os seguintes dizeres como forma de justiça ética ao apenado: “é assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral” (BRASIL. Constituição, 1988). A ideia de justiça está intrinsecamente ligada à noção de cidadania. A partir de 1988, o país, que recém saíra de uma ditadura, surge com novos valores democráticos que passam a tomar forma distinta na atual Constituição Brasileira. O fundamento estruturante da nova Carta Magna intenciona defender, pelos menos em teoria, os direitos fundamentais e os direitos sociais. Diz-se, “em teoria”, vez que no Brasil jaz uma gigante e lacunosa realidade entre teoria e prática na proteção de garantias na seara penal, a saber, a execução das penas. Nasce, pois, com a Carta de 1988, o entendimento de que o Estado deveria tutelar um leque mais amplo de direitos como a dignidade da pessoa humana, respeitando os direitos humanos a ela inerentes. Não há que se fugir ao fato de que aos presos também é relegada a dita proteção. A partir de então, tal preceito constitucional imbrica-se no tecido cultural nacional, chamando a atenção, em particular, para um segmento da sociedade cuja proteção Estatal parece ter sido esquecido – os apenados e o sistema executório de penas sob o escudo da Lei de Execuções Penais (LEP) de n. 7.210/84. Deste referencial legal, os

direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana passam a ser objeto de observação. Violações do Estado brasileiro a tais direitos têm sido consistentes com as desigualdades sociais que afligem a nação. É imperioso notar que a realidade no sistema prisional brasileiro carece de eficácia executória por parte do Estado. Nesse passo, o presente trabalho destacará alguns artigos da Resolução n. 14 de 1994 e da Lei de Execução Penal (LEP), Lei 7.210/84, e discorrerá acerca dos direitos básicos do homem e sobre a conceituação básica de princípio, progredindo rumo à visão constitucional no que tange a dignidade da pessoa humana e sua relação com a concepção de cidadania, esperando, ao fim, que o leitor tome para si a responsabilidade de uma análise crítica sobre a existência ou não de violação dos direitos humanos do preso no Brasil.

## **2 NOÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM**

Simples seria dizer que o homem tem, ou sempre teve direitos, isto é, direitos humanos, mas isso não configura uma verdade absoluta, particularmente quando falamos de direitos que protejam sua dignidade. Segundo preleciona Bobbio (1992, p. 16), “[...] os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos [...]”.

Certamente há de se perceber nas palavras de Bobbio que os direitos do homem não são inatos, mas trata-se de desejo sempre em evolução, pelo menos no que tange aos direitos humanos.

Não obstante a ideia de uma evolução constante na busca dos direitos que resguardecem o homem enquanto ser humano, Bobbio (1992, p. 17) expôs a seguinte definição, “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”.

Neste mesmo sentido, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, para revelar que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (BOBBIO, 1992, p. 29).

No sentido estrito dos valores trazidos à baila pela Declaração, oportuno se faz reconhecer a real força das garantias nela contidas e que, segundo o magistério do ilustre jurista e professor, Paulo Bonavides:

Erra todo aquele que vislumbra no valor das Declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se aplicaria a essência das Constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do direito público – interna e a externa (BONAVIDES, 2003, p. 574).

Urge salientar que esse direito consagrado na Declaração revela, quando violado, a fragilidade da sociedade violadora. Continua, pois, Bonavides (2003, p. 575), “Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada”.

### **3 NOÇÃO BÁSICA DE PRINCÍPIO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE ENTENDIMENTO AO SENTIDO DA NORMA E CONSEQUENTE APLICAÇÃO NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS INDIVIDUAIS PENAI**

Toma-se como base o vernáculo “princípio” para fazer valer a noção de que seja aquilo que inicia algo, ou o *principii*, do latim, revelando-se como a base, o início, ponto pelo qual algo se inicia.

Para a consagração de vários direitos inerentes ao homem enquanto ser digno de apreço valorativo superior faz-se imperativa a aplicação de princípios que norteiem e mantenham o Estado restrito em sua força descomunal em relação ao homem sob sua tutela.

Nesse sentido, encontram-se vários princípios a serem seguidos dentro da Constituição brasileira vigente. Todavia, para a aplicação e valoração de quaisquer princípios, cabe conceituá-los de modo a facilitar sua aplicação.

No presente trabalho, **princípio** deve ser entendido sob a lupa e a harmonização Constitucional. É pela Constituição que o princípio encontrará sua maior força, seu valor supremo, sem o qual subtrairia da Carta Maior seu poder norteador, seu escudo inviolável, por trás do qual se encontram direitos a proteger. São os princípios que amadurecem e melhoram o conteúdo normativo da lei.

Segundo Tavares (2009, p. 10), “os princípios constitucionais assumem a função de ‘bússola jurídica’”. Fica, portanto, a partir deste momento, o intérprete a obrigar-se no universo exegético, na busca de um norte para melhor aplicação principiológica ao caso concreto.

Não há de se imaginar ordenamento jurídico saudável sem princípios que informem o sentido da norma. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio pode ser definido da seguinte forma:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

E a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra [...] (MELLO, 2002, p. 807-808).

Dentro desse entendimento, finaliza Tavares (2009, p. 10), “os princípios jurídicos, num plano figurado, representam os alicerces, as vigas mestras sobre as quais se ergue o ‘edifício jurídico’”.

Provavelmente, não obstante a não-hierarquização entre princípios, pois que se encontram no mesmo plano, seja o princípio da dignidade da pessoa humana o mais importante entre os demais. No seara do direito penal, a aplicação de tal princípio é imprescindível.

#### **4 PRINCÍPIO E O DIREITO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO CONSTITUCIONAL E NO DIREITO PENAL COMO COROLÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO COMPARADO**

Na busca por um direito penal mais justo, cuja evolução perpassa séculos, que viesse a focar no indivíduo humano cujo valor está no ápice da

proteção estatal (visão iluminista) e não no status por ele ocupado dentro do contexto social (visão pré-iluminismo), relativizando suas garantias e entendendo-o como homem-coisa é que se desprende o atual entendimento de garantias fundamentais das formas jurídicas outrora utilizadas.

Trata-se, para tal mister, entender que, indiscutivelmente, para qualquer acepção sobre a valorização da dignidade da pessoa humana deve-se, necessariamente, posicionar na mesma equação a imposição de limites do poder do Estado.

A limitação do poder estatal decorre desde os primórdios do contrato social proposto por Rousseau, em cuja soberania popular formava-se pela vontade da maioria de homens nascidos iguais. A própria noção de soberania popular encontra harmonia com a noção de autonomia privada e, conseqüentemente, de mínima intervenção do Estado.

Num deslinde lógico, a intervenção mínima do poder estatal torna-se corolário do respeito e limites à dignidade da pessoa humana e, em particular, no direito penal, onde o direito de punir não se encontra sem rédeas e ao livre arbítrio do Estado executor da sentença. Daí os elementos instituidores das garantias fundamentais.

Neste sentido, segundo Lenza (2009, p. 671, grifo nosso) ao falar das diferenças entre Direitos e Garantias Fundamentais, alude a Rui Barbosa quando distinguiu “as disposições meramente **declaratórias**, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos e às disposições **assecuratórias**, que são as que, em defesa dos **direitos**, limitam o poder”.

Trata-se, pois, de entendermos quando da aplicação dos princípios constitucionais na proteção da pessoa humana na aplicação da pena no direito penal, demandando uma ética pública por parte do Estado, segundo assinala a lição de Mello (2010, p. 59), que:

Os direitos fundamentais concretizam, no plano jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana e são decisivos no modo de ser do Estado. Com efeito, o constitucionalismo escrito, a limitação e separação dos poderes, o respeito a autonomia privada, a busca de segurança jurídica e a proteção dos valores jurídicos fundamentais, todos esses direitos, surgidos na primeira hora em que os ideais iluministas positivaram-se na ordem jurídica, têm como referência a pessoa humana.

A importância desta acepção encontra respaldo no ensinamento de Lenza (2009, p. 671, grifo nosso) ao definir a diferença entre direitos e garantias, “[...], os **direitos** são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto que as **garantias** são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os reparar, caso violados”.

Apesar de doutrinariamente bem estabelecidos estes conceitos, o Estado brasileiro, como é notório e amplamente público, descumpre atendimento aos aludidos direitos.

No universo do direito penal, as garantias fundamentais dos presos despençam. No atual sistema brasileiro de cumprimento de penas há um retrocesso irreconciliável com a realidade, parecendo mais com os antigos sistemas jurídicos que **coisificavam** o homem, onde o tratamento a ele dispensado carecia de apreço valorativo, e a ausência de direitos fundamentais convalidava o desprezo à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Alkmim (2009, p. 327-328) reproduz em sua obra as palavras de Uadi Lammêgo Bulos, “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”.

Ainda segundo Alkmim (2009, p. 316-317):

A dignidade da pessoa humana, com fundamento do próprio Estado brasileiro deve ser interpretada como o absoluto respeito aos direitos naturais e legais da pessoa. Afé incluídos os direitos e garantias fundamentais. Tal princípio visa a garantir condições dignas de existência a todos os cidadãos, independentemente de sua condição social.

O princípio a dignidade da pessoa humana sobreleva-se a positivação de normas declaratórias e assecuratórias de direitos. Exige uma ação estatal objetiva e positiva que possa materializar os direitos fundamentais formalmente declarados.

Sabe-se ser o Estado o incumbido de garantir os direitos fundamentais e, portanto, assegurar a devida aplicação ao princípio da dignidade da pessoa humana extraído do próprio texto constitucional de 1988, em seu inciso III, artigo 1º (BRASIL. Constituição, 1988).

Nada obstante ao teor do referido artigo, é o próprio Estado, em seu inescusável esquecimento, tratando o homem, detentor de direitos inalienáveis, como coisa, sujeito ao menoscabo e capricho de quem por norma constitucional

deveria protegê-lo, o violador maior da aplicação de tal princípio. A super-lotação dos presídios, o excesso de prazo ao qual o réu é submetido, sem sequer dispor de sentença, revela uma radiografia benigna do sistema de penas no Brasil.

Apregoa neste sentido Mello (2010, p. 58), “[...] a dignidade da pessoa humana é representada, no âmbito jurídico, por um conjunto de direitos fundamentais, cuja realização é indispensável para que alguém seja valorizado e considerado como ser humano”. Prossegue em seu ensinamento o professor:

[...] é relevante salientar que, no momento histórico em que a ordem jurídico-constitucional atribuiu a toda e qualquer pessoa uma esfera de liberdade individual contra ingerências ilegítima do poder constituído, considerou o ser humano como titular de um mínimo de condição de existência, que se tornou verdadeiro limite e substrato, indisponível, inalienável e inderrogável da intervenção penal (MELLO, 2010, p. 60).

A valorização da dignidade do ser humano encontrou guarida no pensamento jurídico da maior parte dos países ocidentais, tendo o pós-guerra como marco inicial. No Brasil, revela-se na Carta de 1988. Daí surge o ser humano não mais como meio, mas como fim em si mesmo, por sua importância.

Ao afirmar-se ter a Constituição supremacia sobre todas as normas, tal importância impõe, no plano do princípio da dignidade da pessoa humana, acatamento absoluto do cumprimento aos preceitos constitucionais.

Não há que se relativizar a aplicação de tal princípio, sob pena de estar-se a minar a força vinculante da Constituição. No plano do direito penal, são mais contundentes e ousadas as violações, principalmente na execução das penas. Piovisan (2009, p. 369), reproduzindo excerto do Ministro Celso de Mello na ADIN 293-7/600, RT, 700/221 de 1994, revela a importância do respeito aos ditames constitucionais, sob pena de censura jurídica:

Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa magna e eminente de velar por que essa realidade não seja desfigurada.

Retomando ao que foi mencionado alhures, o princípio da dignidade da pessoa humana tem assumido papel importante nas constituições contemporâneas ocidentais. Neste sentido, faremos uma breve análise comparativa nas cartas constitucionais dos países de língua portuguesa, sob os títulos dos direitos e garantias fundamentais, compiladas do livro de Gouveia (2003), onde o princípio da dignidade da pessoa humana se revela resguardado, assumindo valoroso embasamento para o direito penal:

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)**

ART. 5.º

III – ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante.

XLIX – é assegurado ao preso à integridade física e moral.

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (1976)**

ARTIGO 25.º — Direito à integridade pessoal

A integridade moral e física é inviolável.

Ninguém pode ser submetido à tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

**CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE (1990)**

ARTIGO 23.º Direito à integridade pessoal

A integridade moral e física é inviolável.

Ninguém pode ser submetido à tortura, nem a tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE (1990)**

ARTIGO 70.º

Todo cidadão tem direito à vida. Tem direito à integridade física e não pode ser sujeito a torturas ou tratamentos cruéis ou desumanos.

Na República de Moçambique não há pena de morte.

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE CABO VERDE (1992)**

ARTIGO 27.º Direito à vida e à integridade física e moral

A vida humana e a integridade física e moral das pessoas são invioláveis.

Ninguém pode ser submetido à tortura, penas ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, e em caso algum haverá pena de morte.

## **LEI CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DE ANGOLA (1992)**

### **ARTIGO 20.º**

O Estado respeita e protege a pessoa e dignidade humanas. Todo o cidadão tem direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, dentro do respeito devido aos direitos dos outros cidadãos e aos superiores interesses da Nação Angolana. A lei protege a vida, a liberdade, a integridade pessoal, o bom nome e a reputação de cada cidadão.

## **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DA GUINÉ-BISSAU (1993)**

### **ARTIGO 37.º**

A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável.

Ninguém pode ser submetido à tortura, nem a tratos ou penas cruéis, desumanos e degradantes.

Em caso algum haverá trabalhos forçados, nem medidas de segurança privativas de liberdade de duração ilimitada ou indefinida.

A responsabilidade criminal é pessoal e intransmissível.

## **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE TIMOR-LESTE (2002)**

### **ARTIGO 30.º - (Direito à liberdade, segurança e integridade pessoal)**

Todos têm direito à liberdade, segurança e integridade pessoal. Ninguém pode ser detido ou preso senão nos termos expressamente previstos na lei vigente, devendo sempre a detenção ou a prisão ser submetida à apreciação do juiz competente no prazo legal.

Todo indivíduo privado de liberdade deve ser imediatamente informado, de forma clara e precisa, das razões de sua detenção ou prisão, bem como de seus direitos, e autorizado a contactar advogado, directamente ou por intermédio de pessoa de sua família ou de sua confiança.

Ninguém pode ser sujeito à tortura e a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Os países de língua portuguesa assumiram, pois, posição clara em suas cartas constitucionais no que diz respeito à valoração da dignidade humana. Todavia, a força da norma constitucional reflete como corolário do princípio da efetividade, se realizada, para imposição de sua força normativa. Segundo ensinamento do Professor Luís Roberto Barroso:

No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade. Efetividade significa a realização do Direito, atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social (BARROSO, 2009, p. 375).

O grande desafio na real proteção do princípio da dignidade da pessoa humana na seara penal brasileira será sempre o **dever ser** da norma versus o **ser** da realidade social. No Brasil, a Lei de Execução Penal (LEP) sofre o conflito entre o desejo garantidor da lei e a realidade social falida. A transgressão das garantias fundamentais violenta, inclusive, aquele que sequer tem sua culpa formada na seara penal.

Escusas sobre a estrutura do Estado para lidar com a comunidade carcerária encontram eco não só durante a execução da pena, mas também na própria prisão cautelar. Ambos, apenado e acusado, são frequentemente violados em seus direitos. Aponta como relevante Alkmim (2009, p. 317), o julgado prolatado pelo Ministro Celso de Mello sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – PRISÃO CAUTELAR – EXCESSO DE PRAZO – INADMISSIBILIDADE – OFENSA AO POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1.º, III) – TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5.º, LIV) [...]. Nada pode justificar a presença de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 – RTJ 157/633 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu. – O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz, situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito a resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5.º,

LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade, por tempo irrazoável ou superior aquele estabelecido em lei. – A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1.º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo [...]. (Habeas Corpus 91662 / PR – Relator(a): Min. Celso de Mello – Julgamento: 04/03/2008 – Órgão Julgador: Segunda Turma – DJ 04-04-2008 PP-00599).

Não é difícil perceber que há um notório descaso por parte do Estado. Falido ou não, bem intencionado ou não, o Estado, a quem incumbe proteger garantias fundamentais, vilaniza aquele que tão somente busca exercitar seus direitos. Nunca é demais ressaltar que deve o estado responder pelas suas violações.

## 5 DA RELAÇÃO ENTRE PRESO E A SOCIEDADE

É provável que em nenhuma outra seara jurídica haja maior violação dos direitos fundamentais, em particular o da dignidade da pessoa humana, do que no direito penal. Ela tende a ocorrer em todas as fases do processo, na fase pré-processual com o desprezo e o excesso dos prazos muitas vezes vistos nas prisões cautelares; na fase processual com o lentíssimo desenrolar do processo *per se* quando da violação do inciso LXXVIII, do artigo 5.º, da Carta de 1988 (BRASIL. Constituição, 1988); e na fase executória quando o **dever ser** da Lei de Execução Penal (LEP) torna-se uma utopia moderna e contrária à realidade brasileira.

Na fase executória encontram-se as piores violações. A relação entre o preso e o todo-poderoso Estado comprova a hipossuficiência daquele em relação a este. Ao pensar sobre o apenado e o tratamento a ele imposto, não se pode excluir a sociedade que o recepcionará no pós-cumprimento de sua sentença.

Os valores que defende a sociedade em relação ao preso devem ser repensados. Muito se fala sobre reinserir o preso na sociedade, todavia, o estigma o repõe muitas vezes em posição de invisibilidade, de hipossuficiência, excluindo-o, não mais pela sua situação, pois que estará como homem livre, mas pelo que foi e nunca deixará de ser aos olhos da sociedade que o recepciona.

Segundo Baratta (2002, p. 186-187):

Antes de falar em educação e reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado. Antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão.

[...]

O cuidado crescente que a sociedade punitiva dispensa ao encarcerado depois do fim da detenção, continuando a seguir sua existência de mil modos visíveis e invisíveis, poderia ser interpretado como a vontade de perpetuar, com a assistência, aquele estigma que a pena tornou indelével no indivíduo.

A relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso) necessitará de amadurecimento intenso. Faz-se razoável questionar se primeiro deveria a sociedade amadurecer para depois criar leis compatíveis com o nível de seu povo ou, inversamente, como ora se vê, deve-se criar leis para com as quais não se exija respeito, permitindo-se a violação até mesmo no pós-cumprimento de pena.

## **6 O PARADOXO DO *DEVER SER* DA RESOLUÇÃO N.º 14 - RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCCP) E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL N.º 7.210/84, EM FACE DA UTOPIA DE SUA EFETIVIDADE. UM CADA FALSO PARA O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A Lei de Execuções Penais brasileira tem como pressuposto básico em seu espírito o teor do artigo 5º, inciso XLIX, da Carta Maior da República Federativa do Brasil: “É assegurado aos presos o respeito à integridade

física e moral” (BRASIL. Constituição, 1988). O princípio da dignidade da pessoa humana reina supremo na norma.

Dentro do conceito acima delineado, fica o preso à mercê do Estado para dar cumprimento a sua pena, mas com obediência às leis. Evidentemente não se trata apenas de cumprir uma pena, mas, sobretudo, cumpri-la em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Deve a pena, necessariamente, ter objetivo maior que o mero encarceramento do condenado. Neste sentido,

O direito de punir é monopólio do estado e quando este o exerce, tem por objetivo castigar o agente criminoso, inibir o surgimento de outros crimes, demonstrando a certeza de punição, oferecer certeza à coletividade da busca por justiça e reeducar, readaptar o condenado, socialmente (ANDREUCCI, 2009, p. 222).

Deste liame legal, surgiu em 11 de novembro de 1994, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC), como respaldo complementar à Lei n. 7.210/84, a Lei de Execuções Penais (LEP), e atendendo a recomendações do Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, do qual o Brasil faz parte, a Resolução de N. 14, cujos artigos dispõem sobre Regras Mínimas de Tratamento do Preso no Brasil. Assim, com a referida resolução, ambicionava-se um melhor tratamento ao detento, reforçando de modo mais universal a necessidade de dispor, dignamente, cuidado mais compatível com a dignidade e os direitos humanos daquele sob a tutela do Estado.

Não intencionando explorar à exaustão o tema, chama-se, neste contexto, a atenção para alguns dos referidos artigos da Resolução de n. 14 (BRASIL. CNPCC, 1994) sobre as regras mínimas de tratamento do preso no Brasil, devendo-se, a cada exposição, analisar objetivamente se, como regra, o Estado brasileiro cumpre ou não os referidos preceitos. Trata-se de análise de uns poucos artigos à luz da realidade nacional.

Sabendo que, ao tratarmos do princípio da dignidade da pessoa humana, delicada análise é exigível, e por recomendação da Resolução n. 14, que discorre, sobremaneira, das regras mínimas de tratamento do preso, cabe, neste momento, breve observação sobre o conteúdo de alguns dos referidos artigos à luz da utopia brasileira.

A realidade brasileira revela-se demasiadamente distante do que preceitua o artigo 3.º da referida Resolução. Afirma o artigo terceiro que é assegurada ao preso, sua integridade física, sua dignidade pessoal e sua individualidade (BRASIL. CNPCP, 1994). Note-se por oportuno que as violações iniciam-se a partir da prisão. A superlotação das celas, seja em delegacias ou estabelecimentos prisionais, é em si, pura violação à individualidade e dignidade do indivíduo.

Perceba que neste contexto, freqüentemente, sequer ocorre a separação do preso condenado, daquele que apenas encontra-se detido preventivamente e sem culpa formada.

Continuando na linha do que pouco é cumprido, temos a exigência da individualização dos locais destinados ao apenado. Com o fito de observar a bom conteúdo das regras mínimas de tratamento ao preso, o artigo 8.º dispõe sobre a necessidade de celas individuais para cada apenado (BRASIL. CNPCP, 1994). Essa espécie de alojamento individual poder-se-ia considerar raro no Brasil. É do conhecimento geral da população e amplamente veiculado na mídia que as celas abrigam bem mais que a capacidade mínima.

Mais aberrante, quando comparado com a realidade, é o que dispõe o parágrafo 2.º do mesmo artigo 8.º, ao definir que o preso terá cama individual e com trocas rotineiras a garantir as condições básicas de higiene (BRASIL. CNPCP, 1994). Assim mais parece que estamos a falar de lei de outro país. A tristeza, todavia, é que essa realidade encontra-se longe de ser executada no nosso Brasil.

Mais fantasioso, entretanto, é o suposto apoio que o preso egresso deve receber do Estado executor da pena, através de seus órgãos oficiais. Diversamente do que ocorre, a Resolução 14 preleciona em seu artigo 58, incisos I e II, que o egresso deve ter apoio total no período pós-penitenciária, a saber, a obtenção de documentos que o reinsiram na sociedade, apoio de alojamento imediatamente após a liberação do presídio, vestuário, alimentação, além de ajuda de custo e transporte. Outrossim, preceitua ajuda para reinseri-lo no mercado de trabalho (BRASIL. CNPCP, 1994).

Não obstante a boa intenção da Resolução, a presente instrução de regras mínimas foge da realidade nacional. Em outros termos, o Brasil sequer tem condições de atender ao mínimo necessário para encarcerar o preso com respeito a sua dignidade.

Faz-se oportuno discorrer sobre alguns pontos relevantes da resolução 14 no que tange ao preso provisório. Antes de tudo, deve-se lembrar que tanto na pós-formação da culpa como em sua pré-fase, pouco destoa o que efetivamente ocorre. Ambos são grosseiramente descumpridos.

O artigo 61 e seus incisos I a VII abordam tipicamente de forma quase reiterativa o que já fora, de alguma forma ou outra, mencionado alhures. Trata-se de dispositivo que exige a separação dos presos provisórios dos já condenados, inclusive com a diferenciação por meio de uniformes distintos. Além disso, permite ao preso alimentar-se às suas expensas, receber seu médico ou dentista, bem como ter oportunidade de trabalho (BRASIL. CNPCP, 1994). Certamente, não seria difícil violar dito artigo uma vez que alguns elementos de seu conteúdo não encontrariam praticidade alguma na vasta maioria da paupérrima população carcerária do Brasil.

Além das regras mínimas de tratamento do preso no Brasil, a Lei de Execuções Penais (LEP) vem de forma harmônica revelar-se compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1984). Não obstante as orientações referentes ao tratamento humano, ressocialização e respeito à integridade física e moral do apenado, previstas na Lei 7.210/84 (Lei de execução Penal), a realidade confessa ser deveras diferente.

Deve ser asseverado, em simples explanação dos referidos artigos, que o que trouxe a lei de execuções em seu arcabouço de garantias, mais coaduna-se, também, com a realidade dos países de primeiro mundo, transformando a execução penal no Brasil numa abominável utopia, além, por óbvio, de expor o Estado à reparação cível pelas recorrentes violações.

Basta apenas revelar o conteúdo de alguns artigos para testemunhar que tanto a Resolução quanto a própria Lei de Execução destoam da realidade brasileira. A observação de poucos artigos da Lei de Execução Penal n. 7.210/84 resta suficiente para perceber sua ineficácia dentro do sistema carcerário vigente no país.

Não obstante serem dispositivos distintos, a Resolução 14 trata de uma recomendação (BRASIL. CNPCP, 1994). A Lei 7.210/84, por outro lado, é a legislação especial vigente no Brasil (BRASIL, 1984). Ambas são praticamente idênticas. Não desejando repetições desnecessárias, entenda-se aquela, como corolário desta.

Não muito diferente da resolução n. 14, a Lei de Execução Penal é, também, em seu cumprimento, uma utopia a ser realizada.

As garantias à dignidade da pessoa humana e ao tratamento isonômico são explícitas no artigo 3º. e seu parágrafo único do texto legal (BRASIL, 1984). Ainda que explícitos, o atual sistema de prisão nega tal provimento. O excesso de presos por si só elimina por completo todo o conteúdo da Lei 7.210/84.

Dentro do quesito educação, cobra a LEP (art. 18) de modo obrigatório, o ensino de primeiro grau, e que este tenha sua integração no sistema escolar da respectiva unidade federativa (BRASIL, 1984). Ora, se o sistema sequer consegue cumprir o básico da alimentação e instalações higiênicas (art.12), quem dirá instituir educação eficaz ao apenado.

Neste mesmo diapasão, rege a LEP, quanto ao apoio pós-penitenciária que o preso egresso terá, quando necessário: suporte alimentício e alojamento por dois meses, desde que, por declaração do assistente social, comprove estar imbuído na obtenção de emprego (art. 25, II, e parágrafo único) (BRASIL, 1984).

Dentro dos direitos e garantias assegurados, para o adequado tratamento nos moldes esperados para proteger a dignidade e o respeito à pessoa humana, o artigo 88, parágrafo único e alíneas *a* e *b* da LEP, dispõe, de forma imperativa, estabelece que o preso além da cela individual com dormitório, sanitário e condições de higiene adequadas ao ser humano, deve ter área de no mínimo 6m<sup>2</sup> (BRASIL, 1984). Essa certamente não é a regra no Brasil. Longe disso, inclusive.

Causa-nos perplexidade que tão boa legislação seja violada com menoscabo absoluto.

Seria deveras ingênuo imaginar que o Estado brasileiro atende aos requisitos mínimos estipulados pela LEP. Oportuno se faz perceber que todos os quesitos expostos recaem sob as garantias do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e que na prática tais violações são contumazes.

Relevar ao esquecimento os princípios constitucionais garantidores em relação ao apenado é nada menos que se instituir e convalidar regimento paralelo de conduta por parte do Estado, em particular se, implicitamente, dita conduta assume feições de que o preso não é detentor de direitos enquanto sob tutela do Estado executor. Segundo Alkmim (2009, p. 318), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 85417, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, pensa diferente:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional de sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitado em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida (Habeas Corpus n. 85417/ RS – Relator(a): Min. Ellen Gracie – Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 02/09/2008 – Órgão Julgador: Segunda turma – DJ 14-11-2008).

Portanto, não é discricionário o tratamento humanitário devido ao apenado. O princípio da dignidade da pessoa humana não apresenta caráter relativo. A violação por parte do Estado da Lei de Execução Penal é, concomitantemente, violação ao princípio constitucional da dignidade humana.

Se tais preceitos são destituídos de valor pelo próprio Estado, temos, pois, uma fragilidade dos sustentáculos democráticos, sobre os quais repousa a República Federativa do Brasil. Como já devidamente creditado e mencionado alhures, “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”.

## **7 SUGESTÕES PROPOSITIVAS**

A partir da análise crítica exposta, surgem algumas proposições de modo a reduzir os abusos oriundos da superlotação carcerária e assegurar o cumprimento efetivo da legislação de execução penal vigente.

Duas são as visões a serem abordadas: a primeira diz respeito à inconveniente carceragem em delegacias. A segunda, diz respeito a quando o apenado está efetivamente cumprindo sua pena.

O discurso básico deve deter-se a uma simples pergunta: pode o estado brasileiro cumprir com a legislação que criou? Dizer que *não*, seria subestimar o criador. Entretanto, a realidade nos confere o direito a sugestões.

Quanto ao inapropriado método de manter alguém preso em delegacias, devem-se criar mecanismos que possibilitem que tão logo o preso seja recebido na delegacia, e cumpridos os ritos de praxe, seja imediatamente levado a estabelecimento penal adequado. Esse retardo em remanejá-lo recai

sempre na falta de gestão hábil no processamento do preso. A burocracia intensa desacelera a eficácia.

Delegacias especiais de “recepção ou de processamento” deveriam ser criadas exclusivamente para aqueles que são presos e estão em trânsito. Estas por seu turno deveriam ser construídas anexas a estabelecimentos penais de modo a facilitar e reduzir o tempo de transferência.

Quanto aos estabelecimentos prisionais em si, estes deveriam ser privatizados. Na verdade uma espécie de co-gestão surtiria efeito maior. A eficácia do setor privado, somado aos conhecimentos técnicos do Estado no campo penal, sem dúvida repercutiria positivamente no tratamento ao preso.

Como forma de reduzir o grande número de presidiários, poder-se-ia adotar o sistema americano de braceletes eletrônicos. Trata-se de espécie de monitoramento e vigilância do apenado de menor potencial ofensivo. No aspecto prático estaria a se criar um sistema de prisão domiciliar controlada.

Por fim, há de se considerar que a mera redução do número de presos no sistema carcerária melhoraria todos os aspectos da atual crise.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se, pois, que apesar do forte espírito principiológico que permeia a Carta Magna da República Federativa do Brasil, e tendo tais princípios como bússolas norteadoras na aplicação da lei, em particular no que diz respeito à dignidade da pessoa humana na seara penal, percebe-se que pouco é efetivamente cumprido.

Ao tomar-se conhecimento do *deve ser* da lei, e analisando-se criticamente como de fato o é, questiona-se se a Constituição tem força relativa ou absoluta.

É de grande valia reconhecer que até o preso é detentor de direitos e deveres, e que a Constituição pátria não o abandona com base em seu status na sociedade.

Outrossim, é fácil observar que todos os países de língua portuguesa seguiram, pelo menos em teoria, a busca pela valoração do ser humano face ao Estado.

A crítica deve persistir quanto à violação das boas leis postas. Não há que se aceitar desculpas quanto à falta de estrutura do Estado, como

chancela para violar, por ações e omissões, aquele que se presta a pagar pelo erro cometido.

Por último, cobranças severas devem ser feitas ao Estado executor das sentenças penais, sob pena de o costume de violar transformar-se em norma aceita.

## 9 REFERÊNCIAS

ALKIMIM, Marcelo. **Curso de direito constitucional**: em consonância com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. **Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994**. Dispõe sobre as regras de tratamento mínimo ao preso no Brasil. Disponível em: <[www.mp.pe.gov.br/.../regras\\_minimas\\_para\\_o\\_tratamento\\_do\\_preso.doc](http://www.mp.pe.gov.br/.../regras_minimas_para_o_tratamento_do_preso.doc)>. Acesso em: 01 fev. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Podivm, 2010.

PIOVISAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, Alexandre Macedo. **Fundamentos do direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

# **AS PERSPECTIVAS DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade**

Anderson Gustavo Lins de Oliveira Cruz<sup>1</sup>

Emanuel Dhayan<sup>2</sup>

## **RESUMO**

Constitui-se em uma análise que visa, baseando-se nos aspectos inerentes às ciências sociais e jurídicas, desempenhar um estudo acerca das relações homoafetivas, bem como a nova caracterização adquirida por tal manifestação de afeto – entre pessoas do mesmo sexo (a homoafetividade) – após a vigência da Carta Magna de 1988. Sendo assim, a respectiva atividade acadêmica pretende, tão somente, promover um exame sob uma perspectiva jurídica, baseando-se em aspectos sociológicos, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, das novas manifestações de direito existentes a partir das relações oriundas do segmento social representado pela classe homoafetiva, considerando seus componentes, os homossexuais, como novos sujeitos de direitos, reconhecidos como tais a partir de uma visão jurídica sustentada pelos parâmetros do neo-constitucionalismo.

**Palavras-chave:** União homoafetiva. Reconhecimento. Constituição Federal de 1988.

**THE PROSPECTS OF THE RECOGNITION OF SAME-SEX UNION AS A FAMILY ENTITY IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES:** Human dignity, equality and freedom

## **ABSTRACT**

Is constituted in an analysis that seeks, basing on the inherent aspects to the social sciences and juridical, to carry out a study concerning the relationships homoafetivas, as well as the new acquired characterization for such a manifestation of affection - among people of the same sex (the homosexuals) - after the validity of the Great Letter of 1988. Being like this, the respective academic activity intends, so only, to promote an exam under a juridical perspective, basing on sociological aspects, to the light of the Constitution of the Republic Federation of Brazil 1988, of the new existent right manifestations starting

1 Discente do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

2 Professora do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Orientador.

from the relationships originating from of the social segment represented by the class homoafetiva, considering your components, the homosexuals, as new subject of rights, recognized as such starting from a juridical vision sustained by the parameters of the new- constitution.

**Keywords:** Union homosexuals. Recognition. Federation Constitution of 1988.

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade brasileira no decorrer do tempo, oriunda do surgimento de diversos fenômenos sociais, faz surgir, junto ao panorama sócio-jurídico do país, a necessidade de se criar novos institutos do direito ou, caso não venha a ocorrer tal renovação, a adaptação dos dispositivos jurídicos já existentes com o fim de proporcionar aos novos sujeitos de direito uma inclusão social, bem como uma maior assistência dos seus interesses e necessidades junto ao atual cenário jurídico brasileiro.

Desta forma, entende-se que a homoafetividade, resultado da existência de algumas mudanças no comportamento social (mais especificamente na sexualidade dos indivíduos), necessita, como diversas outras matérias que antes eram tratadas com certo descaso pelo direito e toda a sociedade – como, por exemplo, o divórcio, a violência doméstica e até mesmo a união estável (tão comum na atualidade) –, da tutela jurídica do estado.

Tal entendimento se dá pela caracterização das modificações do cenário social que fizeram surgir, na sociedade brasileira e mundial, um novo segmento de indivíduos, sujeitos de direito, que necessitam do real reconhecimento da sociedade, juntamente como o chancela do direito, para só assim usufruírem de uma vida digna e respeitável.

Assim sendo, diante da mencionada problemática – ou seja, a necessidade de se reconhecer os homossexuais como novos sujeitos de direito –, o presente trabalho não pretende encontrar uma solução absoluta que venha resolver a referida temática, mas, sim, visa promover uma discussão sobre tal assunto, buscando estabelecer certas reflexões sobre o tema, encontrando, talvez, um meio eficaz capaz de desempenhar uma possível atenuação a exclusão social que recai sobre os homossexuais – indivíduos estes impedidos de desempenhar o real papel de um cidadão.

Para tanto, pretende o trabalho em tela, inicialmente, promover uma análise sociológica da temática em estudo. Posteriormente, no decorrer do trabalho, realizar-se-á uma descrição dos aspectos inerentes a evolução da entidade familiar e como se deu a inclusão da homoafetividade na estrutura da referida entidade. Após, em continuidade a temática do trabalho, busca-se desenvolver a ideia que valida o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e a caracterização de seus entes como novos sujeitos

de direito. Ademais, pretende-se examinar a possibilidade da não efetividade dos direitos inerentes aos homossexuais em decorrência da vinculação entre a aplicabilidade do Direito e a ideologia dos seus operadores.

Desta forma, baseando-se na sistematização dos temas supracitados, espera-se promover, no presente trabalho, o embasamento de uma tese que, fundada nos diversos princípios existentes em nossa Magna Carta – e, em consequência, no ordenamento jurídico brasileiro –, venha a concretizar o entendimento de que é possível o reconhecimento e a tutela jurisdicional do Estado frente aos aspectos inerentes à União Homoafetiva.

## **2 A HOMOSSEXUALIDADE SOB UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA: SEXUALIDADE E SUA CONSTRUÇÃO SÓCIAL**

Inicialmente, antes de adentrar-se no mérito jurídico da temática, faz-se necessária a realização de uma abordagem com perspectivas sociológicas sobre a homossexualidade, objeto primário do presente estudo.

A constatação supracitada – ou seja, a necessidade da realização de uma abordagem do tema sob uma perspectiva sociológica – se faz evidente a partir do momento em que o Direito passa a ser encarado como um fato social, conforme entendimento extraído dos ensinamentos do grande sociólogo Émile Durkheim, assim vejamos:

Mas, na realidade, há em todas as sociedades um grupo determinado de fenômenos (*fenômenos estes denominados pela sociologia de fatos sociais*) que se distinguem por características distintas dos estudados pelas outras ciências da natureza. Quando desempenho a minha obrigação de irmão, esposo ou cidadão, quando satisfaço os compromissos que contraí, cumpro deveres que estão definidos, para além de mim e dos meus atos, no direito e nos costumes. Mesmo quando eles estão de acordo com os meus próprios sentimentos e lhes sinto interiormente a realidade, esta não deixa de ser objetiva, pois não foram estabelecidos por mim, mas sim recebidos através da educação [...] (DURKHEIM, 1978, Grifo nosso).

Logo, em função de tal entendimento – que o Direito se constitui como um fato social –, é extremamente importante que se realize um estudo da temática abordada – *“As perspectivas do reconhecimento da união homoafetiva*

*como entidade familiar à luz dos princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade*” – através de uma concepção analítica fundada nos parâmetros da sociologia.

Assim, a priori, fazendo o uso dos referenciais teóricos sociológicos, deve-se entender que homossexualidade é um tipo de manifestação da sexualidade. Sexualidade que, por sua vez, caracteriza-se como uma construção social, algo constituinte do sujeito.

Sendo assim, diferentemente do que se defendia em épocas anteriores, reconhece-se que, as diferentes manifestações da sexualidade estão condicionadas aos aspectos sociais (construção de ideais e dos imaginários dos indivíduos) e psicológicos dos indivíduos, não havendo qualquer correlação com os fatores biológicos.

Ademais, verifica-se que a concepção de sexualidade, assim como diversos outros valores sociais existentes, sofre inúmeras variações conforme o passar das épocas, alterando-se de acordo com o local e a cultural de cada sistema social.

Em outras palavras, a sexualidade é como algo que facilmente altera a sua estrutura, dependendo tão somente do meio ao qual é inserida, sofrendo influência da cultura. De uma forma ilustrativa, pode-se afirmar que a sexualidade equipara-se a massa de pão, esta, a massa de pão, que por sua vez, vai adquirindo forma em função da ação do padeiro, assim como a cultura vai modelando a sexualidade.

Para boa parte dos doutrinadores e teóricos da sociologia – como, por exemplo, Michel Foucault, Anthony Giddens e Emile Durkheim – a ideia de sexualidade é encarada como algo que não pode ser relacionado com o natural (biológico) e sim com o aspecto social, tendo em vista que a sexualidade é algo mutável.

Assim, a partir da afirmação anteriormente elucidada, pode-se extrair o entendimento de que a sexualidade não é apenas uma questão pessoal, mas, sim, social e política, construída ao longo de toda uma vida, de inúmeras formas e por todos os sujeitos.

Com isso, entende-se que a sexualidade não se constitui como algo que o ser humano possui (adquiri) naturalmente, ou seja, que nasce com ele, e sim, um fator introduzido no ideal sociológico de determinada sociedade mediante os processos culturais, pelos quais se determina o que vem a ser natural ou não, em tal meio social (a sociedade).

A sexualidade é algo socialmente estabelecido e codificado, sendo definida e moldada pelas manifestações de poder de um cenário social (sociedade), constituindo-se em um invento (“criatura”) social ao longo da história, se moldando de acordo com cada cultura.

Em suma, pode-se afirmar que, a sexualidade caracteriza-se por ser uma composição social, e não um simples conjunto de fatores biológicos, constituindo-se em algo mais do que uma manifestação corporal, impulsionada por fatores biológicos, devendo ser interpretada levando-se em consideração fatores como a crença, a ideologia e o imaginário de cada sociedade.

A partir do raciocínio exposto, chega-se a conclusão de que a sexualidade é culturalmente constituída, que o simbolismo criado atualmente, sobre a sexualidade, é algo explicável e, em consequência, mutável (inconstante).

Observa-se, ainda, levando-se em consideração o cenário social brasileiro, que a matriz ideologia da sexualidade imposta na sociedade brasileira caracteriza-se com traços heterossexuais, adquirindo, com isso, a condição de legítima, em se tratando da cultura brasileira. Tal fator – a legitimidade da matriz heterossexual frente à cultura brasileira – vem a proporcionar a marginalização e a subordinação da homossexualidade na seara social do Brasil, fazendo com que os indivíduos homossexuais se sintam suprimidos em função da supremacia da matriz heterossexual, tida como legítima.

Destarte, observa-se que a ideia da existência de um tipo de sexualidade legítima é bastante relativa, podendo ser alterada de acordo com cada cenário social.

Portanto, a partir de tais conclusões, entende-se que o maior obstáculo ao reconhecimento das relações homossexuais como entidade familiar se constitui na supremacia da matriz ideológica heterossexual perante o ideal e imaginário sociológico brasileiro, que, de certa forma, acaba por interferir no juízo de valor do operador do direito, bem como nas iniciativas legislativas promovidas pelo legislador brasileiro.

### **3 A HOMOAFETIVIDADE E A ENTIDADE FAMILIAR**

Feitas as devidas ponderações, necessárias para o desenvolvimento do raciocínio acerca da abordagem sociológica do tema em análise, passa-se a desempenhar um estudo evolutivo da família enquanto

entidade (instituição), verificando-se, a partir da evolução da sociedade no decorrer do tempo, a existência de certa alteração no corpo estrutural de tal instituição, a família.

Com isso, observa-se que, como passar do tempo, a família (enquanto entidade primária da sociedade) vem sofrendo inúmeras mudanças em sua estrutura, perdendo várias de suas características como, por exemplo, a necessidade do matrimônio para a sua devida constituição (“matrimonialização”), o interesse patrimonial (representado pela figura do dote) e a prevalência do vínculo biológico como fator inerente ao laço de legitimidade do indivíduo com a família.

Verifica-se que as mencionadas alterações, no corpo estrutural da família, vêm sendo promovidas a partir dos acontecimentos de inúmeras evoluções e transformações no seio social, denominados de fenômenos sociais.

A partir de tal acontecimento – a alteração da estrutura clássica da família – o casamento, figura modelar na estruturação familiar, deixou de ser a forma primária (*magna*) de constituição (formulação, no sentido de ato de criação) e reconhecimento da família, oportunizando, em decorrência de tal alteração, com que outras manifestações afetivas viessem a ensejar na caracterização da entidade familiar, a exemplo da união estável, a família monoparental e a família anaparental.

Em análise ao atual ordenamento jurídico brasileiro, encontrar-se-á fundamento para as explanações anteriormente realizadas junto ao texto normativo da Constituição Federal de 1988, da República Federativa do Brasil, em seus artigos 226, 227, 228, 229 e 230, os quais fazem entender, mediante uma interpretação sistemática, que a Carta Política de 1988 promove a prevalência das relações familiares de afeto, não estando essas, as relações familiares de afeto, necessariamente relacionadas à figura do casamento como meio de adquirirem status de entidade familiar.

Deste modo, como forma de proporcionar a real efetividade dos preceitos normativos constitucionais, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a entidade familiar – em uma conjuntura atual – deve ser encarada sob uma perspectiva renovada, uma nova “roupagem” (configuração), na qual o afeto prevalece sobre todo e qualquer aspecto.

Um exemplo maior da referida “busca por uma maior efetivação dos direitos inerentes a constituição”, levando-se em consideração a temática em estudo, é encontrado a partir da interpretação do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir do ideal jurídico firmado pelo texto normativo do mencionado artigo, a Magna Carta de 1988 impede que se estabeleça, em nosso ordenamento jurídico, um molde (modelo, exemplo) conceitual imutável e intransigente sobre a figura da família.

Entende-se que, o rol “normativo” contido nos preceitos do artigo 226 da Constituição de 1988 não deve ser encarado como taxativo, pois, em se tratando de entidade familiar, mesmo não descrita expressamente no texto constitucional, quando capaz de garantir a manutenção ou efetivação da dignidade da pessoa humana, deve-se encará-la sem nenhum tipo de discriminação, buscando tão somente promover a isonomia entre qualquer instituição familiar, visto que, no cenário jurídico contemporâneo, o animus (vontade) de ser família, cumulado com o afeto, é que promove a real caracterização da entidade familiar.

Desta forma, a partir do descrito fenômeno de reconfiguração das relações familiares, entende-se que o Direito – em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, na atualidade – deve buscar amparar todas as manifestações de união afetivas (relacionamentos afetivos) nos quais estejam presentes as características atuais da entidade familiar contemporânea, ou seja, o afeto, à vontade de ser família ostentada pelo grupo familiar e a estabilidade (continuidade).

Portanto, conclui-se que, não se justifica forma alguma de preconceito que impossibilite o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar tão somente pelo fato de tais relacionamentos (as uniões homoafetivas) serem formados por pessoas do mesmo sexo, deixando tais indivíduos a margem do nosso ordenamento jurídico sem qualquer assistência do Estado Brasileiro. Pois, o que se constata em um novo entendimento do Direito de Família, com uma visão neo-constitucional, é que a afetividade adquiriu um papel bastante determinante no processo de formação e concretização de uma entidade familiar (família), desta forma, inexistindo razão para o não reconhecimento das uniões homoafetivas – aquelas realizadas entre casais homossexuais – como família, tendo em vista que o afeto existente nas uniões homossexuais não difere daquele que promove a união entre heterossexuais.

#### **4 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES (UNIÕES) HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR E A CARACTERIZAÇÃO DE SEUS ENTES (COMPONENTES) COMO NOVOS SUJEITOS DE DIREITOS**

Após as devidas explanações, realizadas ao longo do presente trabalho, passa-se a esboçar todo o raciocínio jurídico acerca da temática que envolve a homoafetividade junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, antes de dar-se início a realização de qualquer análise sobre a referida temática – a união homoafetiva e suas perspectivas frente ao ordenamento jurídico brasileiro – necessário se faz remeter o presente estudo ao entendimento esboçado ao longo dos tópicos anteriores (I – Introdução; II – A homossexualidade sob uma análise sociológica, III – A homoafetividade a entidade familiar, não necessariamente nesta ordem).

Assim, como anteriormente relatado, pode-se abstrair que a família (enquanto entidade) evoluiu ao longo do tempo e, com isso, passou a sofrer certas alterações em sua composição estrutural, bem como comportamental.

Segundo entendimento abstraído dos ensinamentos de Elisabeth Roudinesco<sup>3</sup>, a família evoluiu, em três estágios, ao longo do tempo, frente à sociedade.

Firmando-se em tal entendimento, observa-se que o primeiro estágio da evolução familiar perante a sociedade é marcado pelo momento em que a família possuía uma função, um tanto quanto retrógrada, de promover certa transação patrimonial, tendo em vista que os casamentos eram realizados visando a acumulação de patrimônio entre as famílias.

Posteriormente, em meados dos anos sessenta, verifica-se que a estrutura da família passa a se sustentar no amor, impulsionada pelo romantismo, tendo como ênfase o sentimento de amor que um cônjuge sentia pelo o outro, caracterizando-se como uma família denominada de moderna.

Continuando em evolução, a família passou a se estabelecer em um estágio mais evoluído, denominado de pós-moderno. Em tal patamar, a entidade familiar é caracterizada pela valorização dos sentimentos individuais, de cada componente que a compõe, pautada pela realização sexual e satisfação interna do ser.

---

3 Psicanalista francesa que desenvolveu estudo de grande expressão no estudo da família.

Com isso, a partir do momento em que a família atinge tal estágio, promove-se a desfiguração da estrutura familiar enquanto entidade, criando-se, assim, em nossa sociedade, um campo bastante fecundo para o nascimento de outras relações afetivas que, em um momento futuro, possam se tornar uma forma de entidade familiar, inclusive àquela oriunda de uma relação homoafetiva.

Desta forma, caracteriza-se como bastante claro o entendimento de que, a união homoafetiva passou a ter forte expressão na seara social (*brasileira e mundial*) a partir do momento em que a figura do casamento passa a se desvirtuar – *em função da nova roupagem adquirida pela instituição familiar frente à sociedade como toda* – do conceito de constituição da família, não sendo, portanto, a única forma de se fundar uma família.

Entretanto, observa-se que, mesmo com todas essas alterações em sua estrutura, a família continua a ser considerada a célula “mater” de toda a sociedade- querida e desejada por todos os indivíduos independentemente de qualquer natureza pessoal, inclusive pelos homossexuais – como bem esboça Roudinesco em sua obra, *“A família em desordem”*, assim vejamos: “[...] reivindicada como único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres, e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições” (ROUDINESCO, 2003, p. 179, 198).

Sendo assim, diante desta nova circunstância instaurada no atual ordenamento social brasileiro – *a existência, em forte expressão, das relações homoafetivas em nossa sociedade* –se faz necessária a tutela jurisdicional do Estado frente a esses novos sujeitos de direitos, oriundos de tal fenômeno social, e os efeitos jurídicos provenientes das relações sócio-afetivas existentes entre tais indivíduos, os homossexuais.

Isto posto, a partir da existência de tal fenômeno sócio jurídico (a existência, em forte expressão, das relações homoafetivas em nossa sociedade) verifica-se a necessidade, por parte dos poderes estatais (em especial o legislativo e judiciário), de se reconhecer os efeitos (circunstâncias) gerados a partir da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, o que, segundo entendimento do presente trabalho, é algo totalmente aceitável no atual cenário jurídico-social brasileiro, encontrando, assim, total respaldo em nosso ordenamento jurídico, a partir de uma nova ideologia jurídica

proposta pela vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme se passará a fundamentar.

Diante de tais afirmações, observa-se que, e decorrência das variações existentes na sociedade e no direito – pois este último é fruto da sociedade – alguns fundamentos jurídicos sofreram alterações, ocorrendo igual fenômeno com o Direito de Família – “braço” do Direito Civil responsável por tutelar as relações de caráter familiar entre os indivíduos.

Logo assim, algo que era tratado, em épocas anteriores, como ilegal ou imoral poderá ter sofrido, no atual cenário jurídico nacional, alguma mudança em sua forma de análise (caracterização), com, por exemplo, as perspectivas sobre a união homoafetiva.

Pois, em épocas passadas – como é do conhecimento de todos –, sob a égide de ordenamentos jurídicos ultrapassados, a união entre pessoas do mesmo sexo era encarada como algo inadmissível, tanto em aspectos jurídicos como morais (ligados a sociedade).

Contudo, analisando as atuais circunstâncias jurídicas impostas sobre a sociedade brasileira, observa-se que o reconhecimento da união homoafetiva, perante o sistema jurídico nacional, é perfeitamente possível – bastante nítido.

Tal afirmação, anteriormente realizada, possui respaldo a partir de uma constatação feita em observância ao novo cenário jurídico-social instaurado no Brasil na atualidade.

Diante de tal constatação, observa-se em nosso ordenamento jurídico, em especial no que tange ao Direito de Família, a existência da valorização do afeto como fator predominante na caracterização da entidade familiar; desaparecendo, portanto, o modelo patriarcal, heterossexual e hierarquizado de família; resultando, tal fenômeno, na decadência de um modelo único de família – fundado no casamento.

Com isso, entende-se que, para o Direito Civil constitucionalizado – fruto dos preceitos ideológicos do neo-constitucionalismo –, se faz necessário reconhecer outros tipos de manifestações familiares que têm o afeto como fonte sustentadora da relação familiar, não estando a descrita característica (o afeto como fonte sustentadora da relação familiar) ligada exclusivamente à família oriunda de uma relação afetiva heterossexual – nem tão pouco aquela fundada tão somente no matrimônio –, devendo-se

incluir, também, neste grupo familiar as relações – de caráter familiar – entre pessoas no mesmo sexo.

Consoante ao entendimento supracitado manifesta-se a jurista Maria Claudia Crespo Brauner, assim vejamos:

A partir do entendimento de que o afeto é a base da relação familiar, sustenta-se que é necessário reconhecer efeitos jurídicos a outras uniões, inclusive aquelas entre pessoas do mesmo sexo, pois estas consolidam, muitas vezes, relações duradoras, construindo um patrimônio comum por esforço mútuo, criando laços de responsabilidade e assistência que devem ser tutelados pelo direito (BRAUNER, 2001).

Corroborando com o mesmo entendimento, Paulo Luiz Lôbo Neto manifesta-se na intenção de reafirmar a importância do afeto na constituição estrutural da família contemporânea encarando o tal fator, o afeto, como elemento primário na composição da entidade familiar na atualidade (a família pós-moderna), assim vejamos: “a restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da expressão da afetividade, é a condição primária de adequação do Direito à realidade” (LÔBO NETO, 2004).

Assim, a partir do raciocínio exposto, inicia-se a compreender, portanto, o real sentido pelo qual o atual Direito de Família passa a dar uma maior valorização ao afeto, considerando-o como fator predominante no processo de formação da entidade familiar.

Como dito anteriormente, esse processo de valorização do afeto como forma constituinte da relação familiar, desligando-se de qualquer outro valor anteriormente instituído – como, por exemplo, o biológico – teve início a partir da instauração de uma nova ordem jurídica instituída no meio social brasileiro, aplicada pela Constituição Federal de 1988, a qual passou a ser capitaneada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante de tal feito jurídico (a vigência de uma nova ordem jurídica esboçada pela Constituição Federal de 1988) passou-se a ter, no cenário jurídico nacional, a valorização primária do ser humano enquanto indivíduo.

Com isso, instituiu-se – na seara jurídica brasileira – o entendimento que, a pessoa humana deve ser protegida juridicamente em detrimento de qualquer formalidade existente em determinado instituto normativo.

Em suma, pretende a nova ordem jurídica brasileira, instituída pela Constituição de 1988, elevar a pessoa, enquanto indivíduo humano, ao status de objeto jurídico de maior valor do sistema normativo nacional – um valor jurídico supremo, expressado pela super-tutela jurídica, provida pelo Estado Brasileiro, a qual recai sobre o ser humano.

Prontamente, partindo da certeza de que o afeto é algo que emana do ser humano (e este, o ser humano, por sua vez, possui total resguarda em nosso sistema jurídico, em função do princípio da dignidade da pessoa humana – princípio primário do Direito Brasileiro), verifica-se que o afeto, enquanto fruto de uma manifestação oriunda do homem (em sentido genérico), deve ser algo totalmente resguardado pelo Direito brasileiro, em especial o Direito de Família.

Assim, pode-se constatar que, toda relação social fundada no afeto (fruto proveniente do ser humano), como é a família, a qual resulte em alguma perspectiva de efeito jurídico – como no caso da união homoafetiva – deve ser tutelada pelo direito brasileiro, tendo em vista que a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 – caracterizando-se como um dos fundamentos de um Estado democrático de direito – está tão somente atrelada ao fato do ser humano (em sentido amplo, relacionando-se exclusivamente a condição biológica de humano) ser titular de direitos que devem ser reconhecidos por todos os seus pares e o Estado.

Logo, baseando-se em todos os argumentos anteriormente efetuados, abstrai-se que, a união homoafetiva possui total reconhecimento no âmbito do Direito brasileiro, baseando-se tal reconhecimento em uma interpretação sistemática do sistema normativo brasileiro, capitaneado pela Constituição Federal de 1988, conforme fundamentação exposta no decorrer do presente tópico.

Em assim sendo, no que tange ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar junto ao sistema jurídico brasileiro, deve-se promover uma análise inicial sobre os preceitos constitucionais estabelecidos no artigo 1º do texto normativo da Magna Carta de 1988<sup>4</sup>.

---

4 "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]" (BRASIL. Constituição, 1988).

Deste modo, debruçando-se sobre o referido texto normativo, observar-se-á que a dignidade da pessoa humana se constitui como um fundamento do Estado democrático de direito instituído na República Federativa do Brasil por artifício da Constituição de 1988.

Assim, baseando-se em tal constatação, entende-se que, é dever do Estado brasileiro, na sua condição de Estado democrático de direito, promover a defesa da dignidade da pessoa humana a todos os seus cidadãos, ou seja, constitui dever do Estado brasileiro elevar a pessoa humana ao patamar de maior valor jurídico a ser tutelado perante o ordenamento jurídico-normativo brasileiro, não sendo cabível, portanto, a exclusão dos homossexuais, pois a dignidade da pessoa humana é um instituto jurídico inerente a qualquer ser humano (não devendo ser levada em consideração qualquer forma de discriminação ao ser humano, inclusive em relação a sua orientação sexual).

Em seguida, ainda em análise ao texto normativo da que compõe a Constituição Federal de 1988, verifica-se que o conteúdo do artigo 3º do mencionado diploma normativo, ao estipular os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, afirma, em seu inciso IV, que deve o Estado brasileiro “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação” (BRASIL. Constituição, 1988).

Portanto, conforme explicito no conteúdo do referido artigo da Constituição Federal de 1988, é inaceitável qualquer ação do Estado, seja comissiva ou omissiva, que promova algum tipo de discriminação, seja qual for a sua natureza, inclusive a discriminação pro orientação sexual.

Dando continuidade à análise do texto constitucional vigente, amparando-se em tal instituto jurídico como forma de fundamentar o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar detentora de direitos, a partir da leitura do artigo 4º, II do aludido texto legislativo (BRASIL. Constituição, 1988), observa-se que constitui dever do Brasil, enquanto Estado, em suas relações internacionais, promover a prevalência dos direitos humanos (obrigação esta fundada no princípio da dignidade da pessoa humana), o que não exclui de tal conceito os direitos dos homossexuais (visto que estes, os homossexuais, também são humanos) e, por consequência, as relações jurídicas provenientes de tais sujeitos de direitos.

Não bastasse os argumentos anteriormente expostos, ainda em análise a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se

que o artigo 5º caput do texto constitucional – situado no título II (dos direitos e garantias fundamentais), capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) da Lei Maior – institui que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, zelando, assim, pela total inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade”<sup>5</sup>.

Partindo de tal observação, verifica-se que, no momento em que o texto normativo da Carta Política de 1988 faz menção à expressão “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, a intenção do legislador constituinte originário foi de promover a inserção de todo e qualquer cidadão, independentemente de natureza individual, junto ao manto do ordenamento jurídico da Constituição de 1988, o qual promove a manutenção do Estado democrático de direito.

Assim, quando se interpretar a aludida expressão (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”), deve-se incluir os homossexuais no rol de cidadãos tutelados pelo Estado brasileiro, pois todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza – incluindo-se, em tal conceito, a distinção oriunda do preconceito por orientação sexual.

Ainda em análise ao texto normativo do artigo 5º da Constituição de 1988, observar-se-á que em dois dos incisos que compõe o corpo normativo do mencionado artigo existem, ainda, alguns aspectos que promovem a fundamentação do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. O primeiro fundamento baseia-se no preceito normativo-constitucional intitulado no inciso I do artigo 5º da Constituição de 1988<sup>6</sup>, o qual propõe a igualdade entre homens e mulheres no que tange a direitos e obrigações, nos termos da Constituição vigente, não promovendo, portanto, nenhuma menção no que diz respeito à orientação sexual dos indivíduos, estabelecendo, tão somente, a igualdade entre homem e mulher (gênero biológico) e, por consequência, a igualdade entre os homossexuais e os demais cidadãos, os quais possuem diversidade quanto à orientação sexual.

Ademais, por derradeiro – em se tratando da análise dos preceitos constitucionais inerentes aos direitos e deveres individuais e coletivos –,

5 “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL. Constituição, 1988).

6 Art. 5º – “1- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL. Constituição, 1988).

observa-se que o preceito normativo descrito no inciso II<sup>7</sup> do artigo anteriormente mencionado (artigo 5º da CF/88) estabelece mais um respaldo para a fundamentação do reconhecimento da união homoafetiva junto ao Direito brasileiro, pois, ao afirmar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, interpreta-se – *em tal caso* – que, inexistindo lei que proíba, expressamente, o reconhecimento da união homoafetiva, será totalmente válido o entendimento que – baseado na interpretação de todos os preceitos constitucionais anteriormente citados (Arts. 1º, III; 3º, IV; 4º, II e 5º, caput, I e II), conforme fundamentação exposta – reconhece que houve, por parte do legislador constituinte, a aceitação tácita das manifestações homoafetivas perante o ordenamento jurídico brasileiro, face à ausência de proibição clara e expressa feita por lei, seja constitucional ou infraconstitucional.

Promovidas as respectivas ponderações, entendendo-se pela total viabilidade do reconhecimento dos indivíduos componentes de uma união homoafetiva como entes sujeitos de direito, analisar-se-á, neste momento, os preceitos constitucionais estabelecidos no corpo normativo do artigo 226<sup>8</sup> da Constituição Federal de 1988.

Verifica-se que, em tal artigo, o legislador constituinte preceituou que a família é à base da sociedade e que, por tal motivo, tem especial proteção do Estado brasileiro.

Observa-se que, não houve, no texto normativo, qualquer discriminação ou restrição no que tange ao conceito de família, tornando tal expressão, “família”, algo extremamente genérico, não existindo, portanto, no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (posto no capítulo VII – Da família, da criança, do adolescente e do idoso – da mencionada legislação) qualquer menção negativa (que promova a proibição) quanto à existência da família proveniente de

7 Art. 5º – “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL. Constituição, 1988).

8 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º -- Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL. Constituição, 1988).

uma relação homoafetiva, entendimento promovido mediante interpretação do artigo 226 cumulado ao artigo 5º, II, ambos da Constituição de 1988.

Adiante, analisando os escritos normativos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 226 (da Constituição Federal de 1988), entende-se que, ambos os conceitos normativos retratam o reconhecimento, por parte do legislador constituinte, de outras formas de constituição familiar, sem a necessidade da existência do casamento (como ocorre na família constituída por união estável e a família monoparental), o que, de certa forma, reforça, ainda mais, o entendimento de que é cabível, junto ao Direito brasileiro, o reconhecimento da família oriunda de uma relação homoafetiva.

Pois, como é sabido por boa parte dos operadores do Direito (em especial os jurista empenhados na militância do Direito de Família), há tempos que a entidade familiar tem o seu reconhecimento fundado no afeto, que, por sua vez, está presente em toda e qualquer família, independentemente da orientação sexual dos indivíduos que a compõe.

Desta forma, baseando-se nos fundamentos supracitados, entende-se que, constitucionalmente falando, o reconhecimento da unidade familiar decorrente de uma união homoafetiva é algo facilmente visualizado, atualmente, junto ao cenário jurídico brasileiro – conforme interpretação sistemática promovida frente aos preceitos constitucionais da Carta Política de 1988, ora vigente.

Feita a devida análise frente ao texto normativo constitucional, encontrando-se total respaldo para a fundamentação do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (a partir da interpretação sistemática dos artigos constitucionais anteriormente destacados) perante o Direito brasileiro, faz-se necessária a análise interpretativa do Código Civil de 2002, lei infraconstitucional que rege as relações familiares junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se, antes de adentrar-se na análise do conteúdo do Código Civil vigente, que a interpretação do diploma normativo civilista tem a necessidade de ser promovida de acordo com os preceitos constitucionais – tendo a Constituição como ferramenta primária no auxílio da interpretação dos demais textos normativos infraconstitucionais.

Pois bem, inicialmente deve-se destacar que, com auxílio dos preceitos normativos constitucionais intitulados no inciso II do Art. 5º da Carta

Magna de 1988, verifica-se que não há, perante o ordenamento jurídico civilista brasileiro (analisa-se a seara do direito civil, pois, como dito anteriormente, em regra, é o Código Civil que versa sobre as relações familiares – e seus possíveis fenômenos jurídicos – existente no meio jurídico-social brasileiro), nenhum obstáculo ao reconhecimento da união homoafetiva frente ao Direito Civil brasileiro, pois, conforme interpretação do preceito constitucional anteriormente citado (Art. 5º, II), inexistindo lei que proíba a constituição da união homoafetiva, a qual enseje na formação de uma entidade familiar, reconhecida – ainda que tacitamente – está tal manifestação de afeto.

Indo mais além, verifica-se que a todo o momento, no decorrer do texto normativo inerente ao Código Civil de 2002, o legislador ordinário faz referência exclusiva, em se tratando da união afetiva, ao relacionamento entre homem e mulher – seja em relação ao casamento, ou em relação à união estável – levando, na maioria dos casos, ao intérprete a entender pelo cabimento privativo, junto ao sistema jurídico brasileiro, da união realizada entre homem e mulher.

Ocorre que, tal interpretação é feita de forma bastante errônea, pois, conforme interpretação sistemática promovida sobre os textos legislativos da Constituição Federal e do Código Civil de 2002 (baseando-se no artigo 5º, II e nos demais artigos do Código Civil de 2002 que versam sobre a família, o casamento e a união estável), observa-se que, o que há em nosso Código Civil é o reconhecimento expresso da união heterossexual, realizada entre pessoas de sexos distintos, e, em contrapartida, o acolhimento tácito das uniões homoafetivas (realizada entre pessoas do mesmo sexo), por não existir proibição expressa de tais relacionamentos (homoafetivos), conforme se porá a baila em momento posterior.

Com isso, debruçando-se sobre os textos normativos que versam acerca do casamento, da constituição da união estável, bem como da família, contidos no Código Civil brasileiro de 2002, observa-se que inexistente forma alguma de vedação expressa ao reconhecimento de manifestações homoafetivas que deem origem as descritas figuras – família, união homoafetiva e casamento –, conforme bem se abstrai a partir da leitura do conteúdo dos artigos do referido diploma normativo.

Isto posto, em conformidade com a fundamentação elucidada, entende-se, baseando-se na interpretação do texto normativo constitucional

e dos dizeres legislativos do Código Civil ora vigente, que o fato jurídico-social que enseja na configuração de uma união homoafetiva como entidade familiar possui o direito e a necessidade de ser reconhecido como um objeto da ciência de direito, devendo, portanto, ter a total tutela do Estado democrático de direito que constitui a República Federativa do Brasil.

Diante de tal afirmação, faz-se necessário, frente à omissão do legislador em promover a real tutela da situação jurídica em estudo (o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar), que o jurista – como operador do direito – faça uso de algumas “ferramentas” que o auxilie na sua interpretação de cada caso concreto, como, por exemplo, a analogia – conforme preceitua o artigo 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como o artigo 126 do CPC, a seguir expostos:

Lei de Introdução ao Código Civil:

Artigo 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Artigo 5º – Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 2002).

Código de Processo Civil

Art. 126 – O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (BRASIL, 1973).

Pois, conforme entendimento expresso por Dias (2009), o fato de inexistir legislação que contemple as uniões de pessoas do mesmo sexo não impede a busca da tutela jurídica, visto que, estar à margem da lei não significa ser desprovido da proteção do Direito.

Com isso, conclui-se que, a existência de lacuna na lei, que acarreta a não regulamentação das uniões homoafetivas – e, por consequência o não reconhecimento de tais manifestações afetivas como entidades familiares –, necessita ser preenchida por intermédio da legislação que rege as relações afetivas de características semelhantes, ou seja, os institutos normativos que versam sobre as relações familiares e afetivas heterossexuais, visto que a união

homoafetiva possui fortes identificações com o casamento e a união estável, tendo em vista que, conforme entendimento esboçado pela autora anteriormente mencionada, abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença há entre as relações homossexuais e heterossexuais, posto que o afeto, em regra, está presente em ambas as manifestações de relacionamento.

## 5 NOTAS CONCLUSIVAS

Face ao raciocínio exposto, entende-se que a homossexualidade é marcada pela cicatriz do preconceito e, em decorrência de tal circunstância, os homossexuais – pelo tão só fato de não estarem em conformidade com os referenciais sociais de sexualidade estabelecidos pela parcela maior da sociedade – são levados às margens da estrutura social, sendo reconhecidos, portanto, como cidadãos marginais, pautados de imoralidade.

A discriminação que recai sobre a categoria dos homossexuais é um fato bastante notório no cenário social brasileiro, a partir de tal constatação, abstrai-se que, o Brasil e nenhum outro Estado democrático de direito pode “fechar os olhos” frente à descrita realidade – a discriminação que recai sobre os homossexuais –, devendo sempre buscar promover, como dever, o respeito às manifestações homossexuais e as demais relações sociais oriundas da homossexualidade, como, por exemplo, a homoafetividade.

Felizmente, a sociedade, com o passar do tempo, vem se tornando mais tolerante e passou a alterar – ainda que lentamente – a sua forma de encarár as relações afetivas constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, infelizmente, os avanços sociais não vêm propiciando qualquer influência junto ao âmbito legislativo – com a exceção da lei Maria da Penha, a qual promove certa menção à relação íntima de afeto sem colocar em questão a orientação sexual dos indivíduos – o que, de certa forma, afronta inúmeros direitos inerentes aos homossexuais, cerceando a liberdade de tais cidadãos e violando fortemente garantias constitucionais, como, por exemplo, a igualdade, a identidade pessoal e a maior de todas elas, a dignidade da pessoa humana. Pois, não é desconhecendo o problema que se conseguirá resolvê-lo, bem como não é negando direitos aos homossexuais e, em consequência, não reconhecendo a união homoafetiva que se promoverá a extinção da problemática envolvendo a homossexualidade.

Por tal motivo, o operador do direito não pode encara a omissão do legislador como um obstáculo, pois, ainda que a lei venha a ser omissa, deve, o jurista, fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direitos, buscando propiciar o bem comum de todos e o fim social da lei, conforme mencionado no presente texto.

Assim, diante do raciocínio construído ao longo do texto, deve-se reconhecer que, a união homoafetiva é mais do que mera sociedade de fato, é sociedade de afeto e amor, a mesma motivação e essência que enlaça os parceiros heterossexuais em suas relações. Afinal de contas, sociedade de fato possui relação com uma circunstância fático-jurídica de aspectos econômicos, ao passo que a relação afetiva, seja ela entre homossexuais ou não, tem em sua essência o fim de constituir uma família, fundada no amor e afeto.

Ademais, em conformidade com o pensamento da jurista Maria Benenice Dias (esboçado em obra de sua autoria), considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar não vai comprometer a estabilidade social, acabar com a família e nem desestimular casamentos, bem como não proporcionará o aumento da prática homossexual, pois, permitirá apenas que certas pessoas tenham uma vida digna, livre da clandestinidade (DIAS, 2009).

Em função do alegado, entende-se que, a união promovida entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade que ainda não obteve a atenção necessária pelo legislador brasileiro, fato que resulta da violação explícita de inúmeros preceitos constitucionais, algo bastante lesivo a condição de Estado Democrático de Direito ocupada pelo Brasil, visto que qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade da pessoa humana, o que vai de encontro ao princípio maior da Constituição Federal de 1988.

Portanto, diante de tal problemática social, cabe ao operador do direito, a partir de uma interpretação sistemática do Direito brasileiro – entendendo o direito brasileiro como um sistema (organismo) no qual a Constituição Federal de 1988 é o objeto principal de tal organismo e as demais normas infraconstitucionais devem ser aplicadas em consonância com a lei maior –, utilizando-se de ferramentas como a analogia e a aplicação de princípios gerais de direitos, promover a resolução de conflitos, bem como o reconhecimento de direitos (*como é o caso da*

*união homoafetiva*), que se relacionem com os cidadãos homossexuais inseridos no ordenamento social brasileiro, pois, a inexistência de legislação que tutele expressamente tais sujeitos de direitos não justifica a atitude inerte e omissa do poder judiciário.

Corroborando com o entendimento anteriormente exposto, o qual afirma a necessidade de uma interpretação sistemática do Direito brasileiro, como forma de solucionar a problemática referente ao reconhecimento da união homoafetiva, está o ensinamento promovido pelo grande Constitucionalista Paulo Bonavides, ao lecionar sobre o método de interpretação conforme a Constituição, assim vejamos:

[...] não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte [...] Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor (BONAVIDES, 2007).

Diante de todo o exposto, conclui-se que, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar perante o ordenamento jurídico brasileiro é algo possivelmente válido, pois, firmando-se em uma interpretação sistemática dos preceitos constitucionais, aplicando-a ao texto normativo do Código Civil de 2002, verificar-se-á, a partir de tal iniciativa, a validação dos argumentos que defendem o reconhecimento da manifestação homoafetiva como uma verdadeira entidade familiar, consoante o exposto ao longo da presente dissertação

## 6 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-pl.html>>.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa.** 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. As novas orientações do direito de família. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). **O direito de família: descobrindo novos caminhos.** São Leopoldo: [s. n.], 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Abril Cultural, 1978.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas.** Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1993.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a constituição de 1988.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem.** Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.



# O AMOR ATRÁS DAS GRADES:

## Um estudo sócio-jurídico sobre a maternidade nas prisões<sup>1</sup>

Raísa Gabriella Costa de Souza<sup>2</sup>

Ana Mônica Medeiros Ferreira<sup>3</sup>

### RESUMO

Trata-se de um estudo acerca da maternidade nas prisões, onde se discute a vida das mulheres presas gestantes ou com filhos recém-nascidos que são criados dentro das penitenciárias. A pesquisa procura registrar a importância de discutir as prisões femininas e a maternidade. Justifica-se na intenção de revelar uma questão que envolve sentimentos e legislações, vínculos afetivos e direitos inerentes da criança, realidade jurídica e social: o amor materno atrás das grades. Fez-se necessário um curto passeio histórico acerca da caracterização da prisão e o processo de transformação da pena, como forma de compreender a dialética desse ambiente, assim como para situar a mulher nesse espaço histórico e culturalmente construído para os homens. A questão carece de bibliografia específica, tendo sido essencial a realização de uma pesquisa de campo através da observação direta da realidade vivida pelas mulheres custodiadas no pavilhão feminino do Complexo Penal Dr. João Chaves da cidade de Natal, RN, com entrevistas faladas realizadas por meio de questionário. Realizou-se uma revisão bibliográfica. Observou-se que ainda falta muito para atingir as condições adequadas para mãe e filho no contexto prisional, apesar de nossa Carta Magna, a Lei de Execuções Penais e outros instrumentos preverem a obrigatoriedade da instalação de ambiente apropriado para a mãe amamentar seu filho. Somente com políticas públicas efetivas será possível atingir esse ideal.

**Palavras-chave:** Prisões femininas. Maternidade. Direitos fundamentais das crianças.

**LOVE BEHIND BARS:** A socio-legal study about motherhood in prisons

### ABSTRACT

This is a study of motherhood in prison, where it discusses the life of imprisoned women pregnant or with newborns that are created within the prisons. It has been a study that seeks to record the importance of discussing women's prisons and motherhood. Justified on the intention to disclose a matter that involves feelings and laws, affective ties and rights of the child, legal and social reality: the motherly love behind bars. Was necessary a short historical tour about the characterization of the prison and the transformation of punishment as a way

1 Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

2 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: gabicostasouza@gmail.com.

3 Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: anamonica@farn.br

to understand the dialectic of this environment so as to place the woman in this historical and cultural space built for men. The question lacks specific literature, having been essential to conducting a field survey by direct observation of the reality experienced by women in custody flag female Complexo Penal Dr. João Chaves of the city of Natal, through interviews conducted by spoken through a questionnaire. Takes place alongside a review of notes. It was observed, which is still much to achieve the right conditions for mother and child in the prison context, despite our Constitution, the Law of Penal Execution and other instruments provide for the compulsory installation of appropriate environment for the mother breastfeed her child. Only with effective public policies will be possible to achieve this ideal.

**Keywords:** Female prisons. Maternity. Fundamental rights of children.

## 1 INTRODUÇÃO

A prisão, espaço idealizado para ressocialização dos indivíduos que transgridem as leis penais e cometem crimes, passou a ser historicamente conhecida como um ambiente de exclusão social, de segregação do indivíduo, de desrespeito aos direitos humanos, na medida em que mais desobedece à condição de ser humano do que fomenta a sua transformação em cidadão re-educado para o convívio social.

Se o defasado discurso de ressocialização do criminoso, sob o argumento dos direitos humanos e legais, não mais enseja esperanças, o que há de se dizer da mulher presa, que já se encontra em um segmento historicamente discriminado? E, mais grave ainda, da mulher presa e gestante que tenta criar um filho atrás das grades?

Este trabalho pretende revelar a real situação vivida por essa parcela da população encarcerada, mais especificamente a situação das mães e/ou gestantes que precisam criar e dar à luz a seus filhos por trás das grades, suas dificuldades, a falta de estrutura e de assistência a fim de que, então, essa consciência colabore para o estabelecimento de um diálogo efetivo entre as autoridades, com a criação de políticas públicas capazes de ajudar a garantir o essencial para a adequada convivência de mães e filhos dentro do cárcere.

O estudo ganha maior relevância pelo valor desse sentimento na sociedade, principalmente na mulher, por possuir grande dimensão psicológica, afetiva e social, e como esse amor sobrevive frente à dolorosa vida de reclusão na cadeia.

## 1 DAS PENAS E DAS PRISÕES

Tempo virá. Uma vacina preventiva de erros e de violência se fará. As prisões se transformarão em escolas e oficinas. E os homens imunizados contra o crime, cidadãos de um novo mundo, contarão às crianças do futuro estórias absurdas de prisões, celas, altos muros de um tempo superado.

Cora Coralina

### 1.1 Breve relato histórico acerca do processo de transformação da pena e o surgimento do Sistema Penitenciário

A história do surgimento das prisões está diretamente ligada ao processo de transformação da pena ao longo dos séculos. Entendida como retribuição ou indenização pelo bem violado, era, no período pré-industrial, essencialmente corporal. Sua ideologia repousava sobre a máxima de que a pena terá a mesma medida do mal que causou, determinando uma relação entre a violação e o que esta causava em termos de dor ao mesmo tempo, espaço e proporção no qual a pena seria aplicada ao violador.

Na prática, as penas aplicadas aos violentadores tinham consequências muito superiores e mais terríveis que os males produzidos pelos delitos. Eram amplamente utilizadas as práticas de torturas, mortes, banimentos, acusações secretas, vinganças, enfim, penas revestidas de crueldade e desumanidade.

Somente no período do industrialismo, quando há uma ruptura com o sistema feudal, é que começam a ecoar as primeiras vozes de mudança no caráter de execução das penas, como a do ilustre pensador Cesare Beccaria (2006), precursor da indignação em relação às penas desumanas que estavam sendo aplicadas sob a falsa bandeira da legalidade. Sua obra *Dos Delitos e das Penas* representou o maior passo no sentido da pena mais humanitária, insurgindo-se contra as injustiças dos processos criminais.

Para ele, a pena cruel provocava um efeito contrário à finalidade para a qual foi estabelecida, que é prevenir o delito, somente podendo vir a ser atingida se fosse estabelecida uma adequada proporção entre o delito e a pena. Caso contrário, quanto maior a crueldade da penalidade, maior sua ineficácia. E se ineficaz porque cruel, apropriado seria dizer que a atrocidade em nada inspira a vontade de se reconstruir o indivíduo que delinuiu, porque “quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes, para subtrair-se à pena que mereceu pelo primeiro” (BECCARIA, 2006, p. 50).

Prosseguindo, ensina-nos, o caminho para se chegar a uma pena justa e sábia: para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

Com essa mudança de mentalidade no período iluminista e o surgimento da sociedade industrial e o desenvolvimento do capitalismo monopolista, a sociedade passou por uma grande transformação socioeconômica e

as condições de pobreza se espalharam por toda a Europa. Com o crescente aumento da miséria, as pessoas passaram a cometer um número maior de delitos patrimoniais. Nesse panorama, a pena de morte e as mutilações corporais já não mais respondiam aos anseios da justiça. Seu caráter de exemplaridade da pena fracassava e o processo de domesticação do corpo já não intimidava.

A pena de morte começou, então, a perder sua força na segunda metade do século XVIII, pois não conseguia conter o avanço da criminalidade e não alcançava mais os objetivos de segurança das classes superiores, representando um período de grande alteração no processo de modificação da pena.

Foi o que levou ao surgimento da pena privativa de liberdade, uma grande inovação que demonstrava ser o meio mais eficaz de controle social e, com ela, o chamado Sistema Penitenciário, visto como instituição, tendo sido criado com o objetivo de regenerar o indivíduo, baseado nas ideias de segregação e silêncio, marcando uma época mais racional e humanista da forma como se punem os homens. Foi a partir de sua criação que se passou a observar mais amplamente o princípio da humanidade. Já dizia Foucault (1987, p. 207) que “a prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade”.

A prisão se consolidou, assim, pela sua trajetória entre a finalidade de segregação, retidão e custódia para a de cumprimento de pena propriamente dita, no seu sentido correccional, e não de **penitência, como nos ensina Mirabete** (2000, p. 19):

Antes do século XVII, a prisão era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes (prostitutas, mendigos, etc) ou questões políticas. No final do referido século, a pena privativa de liberdade institucionalizou-se como principal sanção penal e a prisão passou a ser, fundamentalmente, o local da execução das penas.

Para Foucault (1987, p. 220), entretanto, a pena de privação de liberdade em si não correspondia simplesmente à função de reparação para a sociedade, como previam os reformadores, mas um reflexo do sistema capitalista, visando à transformação de criminosos cruéis em pessoas disciplinadas para o trabalho, isto é, “o modelo econômico da força aplicada a um trabalho obrigatório”.

A forte crítica do autor se baseia, justamente, no instrumento de domínio que as prisões assumiram, retirando o aparelho de punição corporal para um encarceramento “**humanitário**”, mas que, mesmo com uma aparente mudança de “reabilitação”, não se conseguiu mascarar as estratégias do poder de punir.

O trabalho não é nem uma adição nem um corretivo ao regime de detenção: quer se trate de trabalhos forçados, de reclusão, do encarceramento, é concebido, pelo próprio legislador, como tendo que acompanhá-la necessariamente. Mas uma necessidade que justamente não é aquela que falavam os reformadores do século XVIII, quando queriam fazer da prisão um exemplo para o público, ou uma reparação útil para a sociedade. No regime carcerário a ligação do trabalho e da punição é de outro tipo (FOUCAULT, 1987, p. 214).

Desta maneira, é possível reconhecer o paradoxo que algumas instituições, como a prisão, logo ostentaram, ao sustentarem a busca por um ideal de reabilitação, **já que, em tese, os prisioneiros são sujeitos de direitos** e portadores de proteção legal quando, na verdade, **são controlados** por mecanismos de punição.

E, se esse contexto de contradições afeta imensamente o contingente prisional, formado quase todo por homens, o que há de se falar do pequeno grupo de mulheres prisioneiras, gênero historicamente discriminado na sociedade?

## 1.2 Origem das prisões femininas no Brasil

O direito não é uma simples ideia, é uma força viva. Por isso a Justiça sustém numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito (IHERING, 1983, p. 15).

A mulher, vista como criminosa, recebeu diversos tipos de punições ao longo dos tempos. Mas, apesar disso, é difícil precisar a origem da punição feminina. Isso porque o conceito de crime, principalmente em relação à mulher, varia segundo os costumes, a época e o desenvolvimento da

sociedade. Assim, na França, em meados de 1850, as mulheres criminosas eram as que praticavam crimes contra a moral e contra a propriedade. Após 1850, se constituem em crimes femininos o aborto e o infanticídio (PERROT, 1992)<sup>4</sup>.

Desta maneira, para entender o porquê da ausência ou da presença de unidades femininas em determinadas épocas históricas, é preciso refletir que não existiram momentos de maior ou menor criminalidade feminina, mas de maior ou menor tolerância do Estado com relação aos crimes por elas cometidos.

O Brasil, no período de colonização, servia como enorme prisão sem grades para os presos condenados ao exílio pela corte portuguesa, que também foi convertida numa prisão para mulheres que eram degradadas por crimes relacionados, principalmente, à sexualidade, como ser amante de clérigos ou outros religiosos, simular gravidez ou atribuir parto alheio como seu (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 52).

Em termos de unidade prisional, o Distrito Federal inova em 1905 ao separar as mulheres dos homens em cinco celas do antigo manicômio até que se construísse um pavilhão especial para elas.

Mas é só no início dos anos 40 que começaram a surgir as primeiras prisões femininas no Brasil. Em 1941, surgiu em São Paulo o Presídio de Mulheres, ao mesmo tempo em que o Complexo Carandiru, vindo depois a se tornar a Penitenciária Feminina da Capital. Em 1942 aparece, no Rio de Janeiro, a Penitenciária das Mulheres, depois chamada de Presídio Feminino Talavera Bruce, hoje classificada como penitenciária de segurança máxima.

Nessa época, também havia uma separação quanto ao método de recuperação de presos e presas, vistos como sujeitos moral e socialmente diferentes, que deveriam, portanto, receber tratamento diferenciado, mas em uma visão negativa e machista da palavra 'diferente'. Os homens que cometiam delitos, por exemplo, deveriam ser recuperados em prol da sociedade, no sentido de se recuperar um 'cidadão', enquanto que as mulheres deviam ser recuperadas em prol do lar, no sentido de se recuperar a figura doméstica atribuída ao sexo feminino, ou seja, a mãe, a esposa, a dona de casa.

---

4 A autora faz uma discussão sobre o sistema penitenciário francês no século XIX, na qual ela cita de passagem alguns aspectos dos crimes femininos e das penas a que estavam sujeitas as mulheres.

Para tanto, o trabalho carcerário utilizado pelo sistema prisional da época contava com a ajuda e administração de freiras católicas de diversas congregações, que iriam re-educar essas mulheres que haviam-se ‘perdido’, na tentativa de resgatar seu papel de mulher do lar. A exemplo disso, as principais atividades exercidas pelas mulheres dentro das prisões eram de corte e costura, crochê, bordado, jardinagem, limpeza, cozinha, ou seja, não restava outra opção à mulher, que não a de se entregar ao “seu destino doméstico” (LIMA, 1983).

Da mesma maneira, Soares e Ilgenfritz (2002) relatam como a pena de prisão servia para a construção dos papéis femininos socialmente construídos, com o objetivo de domesticação e vigilância da sexualidade:

Dedicadas às prendas domésticas de todo tipo (bordado, costura, cozinha, cuidado da casa e dos filhos e marido), elas estariam aptas a retornar ao convívio social e da família, ou, caso fossem solteiras, idosas ou sem vocação para o casamento, estariam preparadas para a vida religiosa (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 58).

Segundo Lima (1983), a administração das prisões femininas por religiosas encontraria explicação na concepção ideológica da época que associava as causas da delinquência feminina às questões biológicas, ligadas a neuroses e à sexualidade, cabendo às freiras o papel de cuidar moralmente das presas, estimular sua domesticidade e controlar seus instintos sexuais. Para o autor, portanto, a prisão seria

[...] o lugar de redenção e exorcismo. Redenção, porque o que se deseja é a recuperação da santa, e exorcismo, porque o modelo de recuperação é o da técnica de expulsão do demônio. Essa técnica implica uma visão normativa da imagem positiva. Vão ser aplicados os atributos da santa, diretamente sobre a prisioneira, como prática da sua recuperação. Por exemplo, o fato de que a santa é uma imagem assexuada terá como decorrência preceitos práticos para a prisioneira [a negação da visita íntima para a mulher na prisão, é um exemplo] (LIMA, 1983, p. 43).

Assim, essa ideologia, que foi utilizada na construção da reforma penitenciária, evidencia o fio condutor da herança histórica na qual a mulher sempre foi submissa à dominação masculina. E o histórico de dominação da mulher é algo que vem desde os tempos medievais, quando se acreditava que a mulher era o receptáculo do mal, época em que estar fora dos padrões estabelecidos bastava para aprisionar mulheres, principalmente quando os crimes consistiam em bru-

xaria, feitiçaria, heresia, adultério, ou seja, crimes quase todos de ordem moral e que ameaçavam os papéis socialmente estabelecidos para a mulher.

A gestão prisional das mulheres não era outro senão o trabalho de transformação das mulheres criminosas e pecadoras em mulheres aptas ao convívio social, segundo a ótica dominante da moral e dos bons costumes, sempre associando a mulher ao mundo doméstico, obediente, frágil e dócil.

Com o passar do tempo, o projeto de ‘domesticação’ das freiras entrou em declínio, com a generalização da violência e a falta de disciplina dentro das unidades. Na prática, as mulheres tornaram-se mais duras e violentas, ao invés de mais dóceis.

Outro fator de segregação se justifica nos anos 20, bem antes de surgirem as primeiras penitenciárias femininas, quando as mulheres ainda eram encarceradas junto aos homens e aos escravos, e depois com o tempo, viu-se a necessidade de separá-los. Mas, segundo Soares e Ilgenfritz (2002), essa separação tornou-se necessária não porque era preciso buscar melhoria das condições penitenciárias para ambos os sexos, mas porque a mulher era vista como uma tentação, tendo em vista o seu poder deletério, venenoso, significando um martírio para os homens diante da forçada abstinência.

A separação, então, serviria para “garantir a paz e a tranquilidade desejadas nas prisões masculinas, do que propriamente para dar mais dignidade às acomodações carcerárias, até então compartilhadas por homens e mulheres” (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 57).

Percebe-se, desde então, o legítimo caráter discriminatório relacionado à presa mulher; além das incoerentes formas de dominação presentes na privação de liberdade até os dias atuais. A representação social do papel feminino ocasiona, assim, uma dupla discriminação: por ser criminosa e por ser mulher.

### **1.3 Cidadania: o reconhecimento das diferenças no sistema prisional feminino**

Na sutileza da perversão de um sistema presidiário, que desrespeita o homem preso, que parcela cabe às mulheres presas que são obrigadas ao uso de uniforme semelhante ao deles? Calças compridas, sempre. Nada de uso de saias! Nada de olhar-se no espelho e ver-se mulher, quiçá ser mãe, quiçá ter desejos. Nada de ‘estereótipos’ femininos. Nada de sonhos, de auto reconhecimento como ser humano e ser mulher!

Dora Martins, 2009 (Juíza de Direto de São Paulo)

No processo de construção do sistema prisional brasileiro, nunca houve uma preocupação com a mulher criminosa, muito menos com a família. No universo carcerário, poucas são as reflexões acerca dos estabelecimentos prisionais femininos e mais escassos ainda são os estudos sobre as mães que criam seus filhos atrás das grades.

Isso porque a mulher presa não representa um número expressivo dentro do cenário prisional brasileiro. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), são 24.292 mulheres custodiadas no Sistema Penitenciário do país para 392.820 homens, uma minoria de apenas 5,82% da população prisional<sup>5</sup>. O baixo percentual explica a carência de estudos sobre o tema e de políticas prisionais destinadas a regulamentar com maior ênfase a estrutura e condições carcerárias que atendam às peculiaridades do contingente feminino de ser mulher e ser mãe.

Segundo Buglione (2000), isso representa o não olhar ao “eu” feminino nas políticas do sistema prisional, que reproduzem o modelo masculino, sem se deter à diferença existente.

A base do problema enfrentado por essa minoria encontra-se na estrutura e formação das prisões brasileiras que, como um todo, foram projetadas para atender ao seu maior contingente, constituído por prisioneiros homens, o que levou a uma padronização do sistema carcerário.

Grande parte dos prédios onde funcionam centros de detenções femininos eram, anteriormente, prisões masculinas, que foram destinadas à custódia feminina sem qualquer adaptação. Em muitos estados, as presas são recolhidas em alas reservadas dentro das penitenciárias masculinas. Quase inexistem penitenciárias femininas construídas especificamente para esse público.

Assim, o que ocorre é uma uniformização de medidas por parte do Estado, que não leva em conta as diferenças entre os gêneros, esquecendo-se dos quase 6% de mulheres presas no país que precisam de tratamento individualizado. Essa visão uniformizadora acaba por impedir tanto a construção de novos presídios femininos, como a melhoria e reforma das unidades já existentes, isso porque existe uma urgência maior em relação aos presídios destinados a presos homens, já que representam 94,18% da população carcerária.

5 Dados do DEPEN, de dezembro de 2009, através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), que faz o registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país (BRASIL. Ministério da Justiça. DEPEN, 2009).

Mas é preciso lembrar que o contingente de mulheres presas vem aumentando gradativamente ao longo dos anos e, somando-se a isso o aumento do número de gestantes, é visível a urgência na construção de novas unidades prisionais destinadas a elas. Isso porque as existentes não estão dando conta do aumento no contingente, o que gera inúmeros problemas, principalmente os concernentes ao estado especial da mulher grávida, além do déficit de vagas. Segundo o DEPEN existem apenas 16.109 vagas para o total da população carcerária feminina no país, um déficit de 33,69% (BRASIL. Ministério da Justiça. DEPEN, 2009).

É certo que muito já se conquistou ao longo dos anos, mas ainda há muito trabalho a fazer no sentido de alcançar uma homogeneidade de direitos e condições a cada cidadão, visto em sua individualidade. É por isso que as diferenças multiculturais ainda sofrem uma série de problemas por não se inserirem dentro da padronização legal, estando sempre em um plano desprivilegiado.

O princípio da não-discriminação visa, nesse sentido, resguardar os direitos individuais, respeitando as diferenças dos diversos grupos. Por isso é que as instituições devem ser construídas levando-se em conta as necessidades específicas de gênero das presas mulheres, com condições humanitárias e dignas. É preciso também que se proporcionem condições de detenção humanitárias para homens e mulheres em nível igualitário, assegurando a ressocialização bem sucedida dos mesmos.

Outrossim, é disso que trata o princípio da igualdade, ao visar tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites de suas desigualdades, visando sempre o equilíbrio de todos e tornando esse princípio fundamental para a proteção dos direitos humanos, que devem sem amplos para garantir a cidadania de homens e mulheres.

A cidadania é a mais avançada conquista dos direitos humanos e se realiza na rotina da vida.

## **1.4 Sistema Penitencial do Rio Grande do Norte**

O Rio Grande do Norte possui 13 estabelecimentos prisionais: cinco penitenciárias, três cadeias públicas, três centros de detenção provisória, uma colônia agrícola, industrial ou similar e um hospital de custódia e

tratamento psiquiátrico. Todos os 13 estabelecimentos são para homens, entretanto existem alas femininas em três estabelecimentos: Complexo Penal Dr. João Chaves, Penitenciária Estadual do Seridó e Centro de Detenção Provisória da Zona Norte<sup>6</sup>.

Atualmente, existem 3.775 mil presos custodiados no Estado, sendo 3.538 mil homens e 237 mulheres, divididos entre os regimes fechado, semi-aberto, aberto, provisórios e medida de segurança (BRASIL. Ministério da Justiça. DEPEN, 2009).

A situação do sistema penitenciário do Rio Grande do Norte não difere do panorama nacional: falta de estrutura, superlotação, além da morosidade do judiciário.

Como estratégia de enfrentamento da situação, o Estado aderiu ao Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci)<sup>7</sup>, com vistas a implementar projetos de reestruturação do sistema carcerário, dentre eles a construção de uma penitenciária feminina com capacidade para 256 mulheres, com ala própria para lactantes e berçário, a um custo de R\$7 milhões de reais<sup>8</sup>.

## **2 COMPREENSÃO DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS QUE NORTEIAM A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE DEVEM SER GARANTIDOS ÀS MULHERES E SEUS FILHOS EM AMBIENTE DE PRISÃO**

Foi com a urgência de implementação de políticas públicas e leis que conferissem maior dinâmica ao processo de modernização do Sistema Penitenciário Brasileiro que surgiu, em 1984, a Lei de Execução Penal (LEP), nº 7.210 de 11 de julho – que, alterada em seus artigos 14, 83 e 89 pela Lei nº 11.942 em maio de 2009, passou a prever, por exemplo, a necessidade de uma estrutura especial que atenda a esse público específico:

Art. 14, § 3º. Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

6 Dados do Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Rio Grande do Norte (BRASIL. Ministério da Justiça, 2008).

7 Desenvolvido pelo Ministério da Justiça, é uma iniciativa que reúne ações de prevenção, controle e repressão da violência, através de articulação de programas de segurança pública com políticas sociais, estabelecidas pelo Sistema Único de Segurança Pública, com articulação entre União, estados e municípios para o combate ao crime (BRASIL. Ministério da Justiça, 2010).

8 Conferência Nacional de Segurança Pública de 18 de março de 2009 (BRASIL. Ministério da Justiça, 2009).

Art. 83, § 2º. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir à criança desamparada cuja responsável estiver presa. (grifos nossos) (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Contudo, por mais que a Lei de Execução Penal preveja a obrigatoriedade de instalações especiais, não é o que ocorre na realidade de várias penitenciárias femininas. Na verdade, a realidade antes e depois da LEP não modificou de forma substantiva a situação prisional das mulheres, que continua a ser pensada de forma padronizada, o que só dificulta o caminho para se atingir o padrão ideal da instituição penitenciar feminina.

O que se quer não é que o tratamento entre presos e presas seja diferenciado, visando a um privilégio para as presas, mas apenas quanto ao aspecto peculiar da mulher de ser mãe, sendo necessário dedicar a este público atenção especial em termos de composição de ambiente, com vistas a um melhor acolhimento do recém-nascido durante os primeiros meses de vida, quando ainda possui vasta dependência da mãe. Outrossim, o tratamento que leve em conta as necessidades específicas de gênero das presas não deve ser julgada discriminatória, pois resultam em medidas elaboradas unicamente para proteger os direitos e estado especial das mulheres.

Com base nos padrões internacionais relativos ao tratamento dos presos editados por Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário e, principalmente, pela Declaração Universal de Direitos Humanos, se editou a Resolução nº 14 de 1994, fixando as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, o mais importante documento produzido na área penitenciar. Segundo a regra nº 7,

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da

prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

§ 1º. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Igualmente estabelece a Lei de Execução Penal, ao preceituar que “a mulher e o maior de 60 (sessenta) anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal” (art. 82, §1º) (BRASIL, 1984).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 surgiu exatamente para que todos tivessem seus direitos mais essenciais resguardados, sem qualquer interferência, já que independem de promulgação na legislação de uma nação. Seu reconhecimento está acima das leis e das constituições. Os direitos humanos fundamentais são universais, de todos, têm caráter internacional e sua vigência ou descumprimento atingem mesmo aqueles que não estão submetidos à mesma autoridade, pois “todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados” (Art. 28) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU, 1948).

Com o advento da recente reforma legislativa na Lei de Execuções Penais, em 27 de maio de 2009, nos seus artigos 14, 83 e 89, a mulher gestante na condição de pessoa presa passou a possuir mais direitos. Assim, torna-se obrigatório o acompanhamento da gestante durante todo o período gestacional, como a realização de pré-natal, atendimento pós-parto para as mães e seus bebês, além da instalação de berçários e creches, garantindo-se um mínimo de condições para que as mães possam cuidar de seus filhos dentro das penitenciárias.

A nova redação da lei passou a garantir, ainda, o direito da mãe encarcerada de permanecer com seu bebê pelo período mínimo de seis meses, tempo mínimo recomendado para o aleitamento materno, essencial para a saúde e perfeito desenvolvimento da criança. O tempo máximo, entretanto, vai variar de acordo com o estatuto interno de cada penitenciária.

O que não pode ocorrer é o descaso para com o estado de gravidez da mãe e com o devido acolhimento da criança dentro do estabelecimento, deixando-se de garantir espaço e condições adequadas para que essa vivência ocorra de forma saudável. Esse é um direito da mãe e da criança e deve ser requerido dentro da competência da própria administração do estabelecimento.

Negar ao recém-nascido o direito de ser amamentado, garantindo-lhe a saúde e o bem estar; e o direito de viver em um ambiente com o mínimo de salubridade é o mesmo que estender-lhe os efeitos da pena cumprida pela mãe.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, L, garante que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 1988).

Igualmente prevê o § 2º, art. 7º das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil: “Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos” (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1994).

Nesse caso, havendo descumprimento em oferecer essas condições, a medida judicial cabível é a impetração de mandado de segurança ao juízo da execução, provando o nascimento da criança e requerendo que as devidas providências sejam tomadas no sentido de garantir o direito constitucionalmente assegurado.

Na prática isso raramente vai adiante, já que para obedecer à determinação legal, as unidades prisionais femininas dependem quase sempre de investimentos do Estado para implantar as melhorias em suas acomodações, o que dificilmente ocorre, deixando as unidades de oferecer um ambiente digno por total carência na estrutura e nos recursos,

No plano internacional, existem vários outros instrumentos de direitos humanos aplicáveis ao tratamento destinado às presas que, embora não tenham força de lei, proveem direção e orientação aos Estados sobre como aplicar suas diretrizes de direitos humanos. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>9</sup>, um dos principais instrumentos internacionais que trata dos direitos das pessoas presas e que reflete a legislação de direitos humanos inscritos na Constituição, reza que “todas as pessoas privadas de sua liberdade deverão ser tratadas com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana” (BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1991, art. 10).

Assim, um princípio base da legislação internacional de direitos humanos é que as pessoas presas gozem de todos os direitos fundamentais

9 Promulgado no Brasil em 12 de Dezembro de 1991, por meio do Decreto Legislativo nº 226, com base na Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de Dezembro de 1966.

no período em que estão enclausuradas, com exceção dos direitos inevitavelmente perdidos ante a privação da liberdade.

Desta maneira, é razoável concluir que todos os direitos inerentes da mãe não podem ser excluídos ou limitados face ao seu aprisionamento, que causariam, por conseguinte, a também exclusão dos direitos da criança recém-nascida de ser amamentada. Mulheres grávidas privadas da sua liberdade devem receber tratamento humanitário e respeito à sua dignidade em todos os momentos que cercam o nascimento e durante o cuidado de seus filhos recém-nascidos.

Contudo, e contrariamente à legislação internacional e nacional, a prática da vivência das unidades prisionais femininas nem sempre estão estruturadas para receber mãe e filho, de forma a garantir-lhes os direitos constitucionalmente assegurados, com adequada assistência médica e psicológica, com vistas à saúde de ambos. Por isso, muitas vezes é indispensável a transferência de mãe e filho para outras unidades que possuam centro hospitalar, podendo serem transferidas para hospitais durante o tempo em que vão gerar seus bebês.

Outra alternativa é o recolhimento da detenta gestante que cumpre sua pena no regime aberto para residência particular, conforme prevê a Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984):

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

IV – condenada gestante.

### **3 GRAVIDEZ NAS PENITENCIÁRIAS: O AMOR ATRÁS DAS GRADES**

Embora a estrutura e fundamentos do cárcere não terem evoluído muito ao longo dos tempos, apesar da introdução de práticas educativas e psicoterápicas em algumas unidades, se faz urgente pensar nas particularidades femininas na gestão prisional e, principalmente, no contexto da prisão adaptada para as crianças que nela nascem e/ou permanecem.

Isso devido à comprovação de como o ambiente externo e o estado emocional da mãe interfere no desenvolvimento físico e psíquico do feto,

que é um ser humano em formação que reage a estímulos. Daí a importância do acompanhamento gestacional e psicológico da mãe, pois não apenas o trauma do nascimento marca inconscientemente o indivíduo para sempre, mas também o modo como o feto percebe suas experiências pré-natais vão se constituir no modelo das vivências emocionais no decorrer de sua vida e, mais imediatamente, na primeira infância.

Muito mais que isso, a compreensão de que o feto sofre com a influência das emoções maternas podem afetar diretamente a manutenção e determinação do final da gravidez, podendo gerar um nascimento prematuro ou o aborto, por exemplo, ou ainda ter bebês com baixo peso, hiperativos, com dificuldades de alimentação, distúrbios de sono, choro excessivo, entre outros (FALCONE, 2005).

Diante disto, se o nível de angústia e ansiedade da gestante tiver intensidade muito elevada, ou mesmo se sofrer traumas emocionais ou stress, crônico ou agudo, há de desencadear grande sofrimento fetal, marcando-o profundamente, podendo mesmo acarretar problemas orgânicos e psíquicos, com decréscimo de seu desenvolvimento físico.

Além disso, as características de personalidade, de comportamento, de preferências e respostas do feto mantêm-se na vida pós-natal. Então, ao reviver situações estressantes semelhantes às da vida fetal, inconscientemente buscará o mesmo padrão de comportamento que apresentava na vida intra-uterina, para o alívio das tensões. Isso demonstra como os estímulos sofridos durante a gravidez atingem em linha direta o comportamento do bebê, podendo gerar traumas permanentes (RICO, 2010) daí a enorme importância do cuidado das emoções maternas no período da gestação e o quanto é primordial o ambiente imediato como rede de apoio e segurança das angústias e ansiedades da mãe.

O acompanhamento psicológico, neste momento de intensa crise, cumpre sua função primordial de oferecer um espaço continente e acolhedor, onde a gestante possa expressar livremente todas as angústias e ansiedades que está vivenciando e que, certamente, beneficiará o desenvolvimento físico-emocional do futuro bebê.

No espaço da prisão esses fatores se agravam. O estresse é fator emocional constante na vida de qualquer detenta. Os problemas de origem psíquica sofridos pela reclusa gestante no ambiente prisional, como bri-

gas diárias entre as detentas e a má acomodação, atingem diretamente a formação do feto. Na penitenciária, a grávida perde a sua privacidade, está permanentemente exposta aos olhares dos outros, tanto no pátio, como na cela e nos corredores. Dorme ao lado de companheiras que não escolheu, muitas vezes indesejáveis, não decide o que vai comer, em que horário, o que vai fazer. A grávida presa sente-se constantemente humilhada, submissa e privada de seus sentimentos e desejos pessoais.

Percebe-se que a presa, enquanto gestante, tende a absorver em maior escala a pressão social terrível que é o ambiente carcerário. Ademais, não se pode esquecer que, embora cabível seja a aplicação da pena privativa de liberdade, há uma vida intrauterina diretamente prejudicada nesse contexto.

Outro importante ponto acerca da gravidez dentro da prisão se relaciona com a questão dos direitos sexuais e reprodutivos e da garantia do acesso aos serviços de saúde da mulher.

Entende-se que os direitos sexuais e reprodutivos estão ligados à livre autonomia de exercer esses direitos, ou seja, de exercer a sexualidade e a reprodução humana. Relacionados à questão prisional, esses direitos passaram a ser discutidos recentemente, haja vista que até pouco tempo a mulher não tinha direito à visita íntima, talvez para evitar a gravidez das mulheres, o que representaria encargos adicionais e necessidade de adequações estruturais. Em São Paulo, onde está custodiada quase metade da população penitenciária brasileira, somente em 2001 houve a legalização da visita íntima, com a Resolução SAP-096<sup>10</sup>.

Na realidade, ainda existe certa discriminação no que se refere ao direito sexual no campo da execução penal feminina, sendo a visita íntima vista como regalia e, quando é permitida, é realizada com a observância de rigorosos critérios, enquanto se sabe que na prisão masculina esse é um procedimento mais simples e mais moralmente aceitável.

Além disso, a visita íntima cumpre, além de garantir o direito à sexualidade, um papel essencial de manter e fortalecer as relações familiares da presa com seu cônjuge ou companheiro, importante para sua autoestima como mulher e primordial para a preservação do núcleo familiar.

---

10 Regulamenta a visita íntima para mulheres que cumprem pena em estabelecimentos prisionais de regime fechado e de semia-berto, subordinados à Secretaria da Administração Penitenciária.

A efetivação desses direitos aponta também para a garantia de direitos sociais e culturais, já que demanda um conjunto de políticas públicas, como o acesso a informações em educação sexual e reprodutiva, prevenção às DST, como a AIDS, instrução e distribuição de métodos contraceptivos, autoexame da mama, preventivo, entre outras, impondo ao Estado diversas ações que garantam o acesso aos serviços de saúde que permitam à mulher condições seguras para exercer seu direito à sexualidade, assim como para a maternidade e o parto.

## **4 A CRIANÇA NO ESPAÇO DE EXECUÇÃO PENAL**

### **4.1 Considerações sobre a infância na cadeia**

Com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente através da Lei nº 8.069 de 1990, regulamentando ao art. 227 da Constituição Federal de 1988, se reafirmou o valor da criança e do adolescente como sujeitos de direito especiais, e não apenas objetos de direitos, abandonando o conceito de menor como subcategoria de cidadania.

Esses direitos especiais reconhecidos às crianças e aos adolescentes decorrem da peculiar condição de seres humanos em desenvolvimento, devendo receber tal priorização. Como preconiza o artigo 3º, as crianças têm direito a uma proteção integral que lhes assegure “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (BRASIL, 1990). É a Doutrina da Proteção Integral, estabelecida como mecanismo de prioridade absoluta.

É importante ressaltar que essa preocupação com as crianças e adolescentes não é dever somente dos pais, mas de toda a sociedade e, em especial, do Estado.

Há, portanto, uma rede de proteção prevista em lei, que engloba tanto dimensões políticas quanto econômicas e sociais, o que implica prioridade de investimentos a fim de assegurar todos os direitos inerentes da criança e do adolescente descritos no Estatuto e na Constituição Federal:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura,

à dignidade, ao respeito, à liberdade e convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990, art. 4º).

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL. Constituição, 1988, art. 227).

Mas essas garantias se tornam excessivamente frágeis quando se trata de crianças que nascem e vivem presas em penitenciárias durante o período de cumprimento de pena de suas mães.

A criança, sujeito de direitos especiais, passa a carecer de maior atenção quando passa a integrar o contexto de uma penitenciária. Isso porque esse é um espaço onde os direitos são mais facilmente reprimidos.

Nesse aspecto, é possível concluir que a violação dos direitos da criança por parte do Estado e a não efetivação das normas já institucionalizadas caracterizam uma violência contra a criança e seu estado especial de pessoa em desenvolvimento.

Ademais, o período de permanência das crianças dentro das prisões coincide com a primeira infância, importante fase do desenvolvimento humano, sendo a questão da educação ponto de maior relevância quanto ao cumprimento dos seus direitos fundamentais. Daí a enorme importância da instalação de creches nas unidades prisionais, voltadas a suprir a necessidade da criança de ter contato com instrumentos pedagógicos aptos a estimular seu desenvolvimento cognitivo-perceptivo.

A partir do exposto, levantamos um questionamento central para reflexão: manter uma criança presa, devido ao fato de a mãe dela estar em situação privada da liberdade, constitui-se numa grave violação dos direitos fundamentais de todo ser humano?

Os direitos fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana e necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. São invioláveis por parte do detentor do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis.

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirma que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Deve ser excluída, portanto, toda discriminação fundada em diferenças específicas como aquelas entre adultos e crianças, indivíduos nascidos em cárcere ou em casa.

A partir dessa perspectiva, o aprisionamento de crianças fere profundamente o conceito de Estado de Direito, que tem como sua essência e prioridade a defesa dos direitos do homem e o dever de garantia dos direitos fundamentais. Nasce, assim, uma contradição entre os direitos das crianças e a situação do aprisionamento de filhos de mães condenadas em regime fechado.

Pode-se afirmar, desde já, que a situação do atendimento infantil aos filhos de mulheres que estão sob privação de liberdade, além de ser assunto polêmico, necessita de maior atenção das políticas sociais e penitenciárias, não se podendo negar que a prisão atinge diretamente os filhos das mulheres encarceradas.

Outro aspecto a ser considerado é o fato de o sistema penitenciário ser a única alternativa à prática do delito. Em consequência, o aprisionamento de crianças é também aceito como inevitável e como única alternativa, uma vez que a mãe se encontra presa.

O fato de achar natural que a criança fique retida devido à condenação da mãe, dando a sensação de inevitabilidade do aprisionamento de recém-nascidos, canaliza as ações unicamente para a solução de problemas práticos, como a existência de berçários, lugar para amamentar, creche etc., como se as instituições penais fossem algo de natural. O ideal, antes de tudo, é refletir acerca dos próprios fundamentos do sistema punitivo e encontrar outras alternativas que não o encarceramento conjunto de mãe e filho.

Mas, diante da atual realidade, é preciso garantir que o castigo não viole o sentido de humanidade e que as crianças, apesar de inseridas em um contexto de aprisionamento, possam conviver em um ambiente sadio que lhes proporcione estrutura médica, psicológica, social e, principalmente, familiar e comunitária, que será possível através de ações de políticas públicas e internas dos sistemas carcerários com investimentos em profissionais da saúde, estrutura de clínicas, enfermarias, berçários, espaços lúdicos, para momentos de lazer e brincadeiras, bibliotecas etc.

## 4.2 A dor da separação

Após o período de aleitamento materno, mãe e filho são separados um do outro, podendo-se dizer que esse é um dos momentos mais difíceis dentro do cárcere feminino, para aquelas que experimentaram serem mães enquanto aprisionadas.

Transcorrido o prazo estabelecido para permanência da mãe presa com o filho, a criança é entregue aos cuidados dos familiares ou entregue ao abrigo para menores.

A questão fundamental é até que ponto o estigma sofrido pelas mães e necessariamente compartilhado pelo filho marcará sua vida após deixar a prisão e como será o seu futuro, a partir dali, sem uma família estruturada.

Como já comentado anteriormente, é certo que o contato da mãe com o filho nos primeiros meses de vida é essencial para o seu saudável desenvolvimento, em razão da previsibilidade que o bebê constrói a partir do conhecimento maternal, ressaltados os casos de mães presas que sofrem de distúrbios psiquiátricos, que geralmente manifestam deterioração da capacidade de manter vínculos afetivos.

Quanto ao período de permanência das crianças nas unidades prisionais, num estudo realizado na Universidade de Brasília, foram encontradas 289 crianças nascidas de mães presidiárias vivendo nas unidades prisionais no Brasil. Esta pesquisa, realizada entre outubro e dezembro de 2005, em 79 presídios em todos os estados da Federação, incluiu informações de 9.631 presidiárias, número que representa 74,5% do total de mães em regime de perda de liberdade no país. Foi observado que o período de permanência das crianças nas penitenciárias brasileiras varia de três meses a seis anos. Os resultados assinalaram que, do total, 165 são crianças de 0 a 6 meses; 60 têm idade até 2 anos; 28 permaneceram até 3 anos e 22 ficam internados até 6 anos (SANTA RITA, 2006).

Assim, concluiu-se que não há uma padronização em relação ao período de permanência das crianças nas unidades prisionais, inspirado em critérios relacionados ao limite etário, à saúde, à higiene e aos conhecimentos correlatos com o desenvolvimento infantil.

Após a separação, e com ida da criança para o núcleo familiar da mãe, esta sofre uma enorme perda, porém se sente mais segura em saber

que seu filho está nas mãos de um familiar. O grande problema está quando a criança é entregue ao abrigo de menores, enquanto a mãe estiver cumprindo pena, por falta de algum familiar que possa cuidar dele.

Nesse ponto, visualiza-se um dilema, senão uma contradição: será que esses abrigos oferecem um ambiente adequado para o crescimento de uma criança? Este é um ponto a se pensar. No que se pese o princípio do melhor interesse da criança, esta deve coabitar um ambiente sadio para o seu perfeito desenvolvimento. Entretanto, sabe-se que esses abrigos muitas vezes não possuem uma estrutura adequada para receber essas crianças, de forma que é preciso atentar para o fato de que, independente de qual espaço esta criança irá ocupar, seja no abrigo ou na penitenciária, ela estará em situação de risco<sup>11</sup>. Seria necessário, portanto, se analisar no caso concreto qual a melhor alternativa, ou melhor, em qual espaço o Estado oferece melhores condições para a permanência sadia de uma criança.

## **5 A EXPERIÊNCIA VISUALIZADA NO PAVILHÃO FEMININO DO COMPLEXO PENAL DR. JOÃO CHAVES**

O Complexo Penal Dr. João Chaves (CPJC), situado na Av. Itapetinga, na Zona Norte de Natal/RN, abriga detentos do sexo masculino e feminino, separados em dois pavilhões, sendo as mulheres recolhidas em ala separada dentro do complexo.

Atualmente, conta com uma população de 97 mulheres, sendo 4 gestantes e 3 mães em período de lactação, existindo, portanto, 3 crianças residindo no interior do pavilhão.

As 97 mulheres estão distribuídas nas 14 celas existentes, com sete em cada cela, que mede em torno de 3x4m.

Apenas no pavilhão feminino há cumprimento de pena em regime fechado. Entretanto, as que cumprem pena no regime aberto e semiaberto não se recolhem ao pavilhão, como determina o Código Penal em seus arts. 35 e 36, por total falta de espaço, assinando apenas uma lista de frequência diária no local.

---

11 A criança ou adolescente estará em situação de risco sempre que seus direitos fundamentais forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável ou ainda em razão de sua conduta (BRASIL, 1990, art. 98).

Percebeu-se, através dessa análise *in locu*, que a questão do espaço é problema urgente a ser resolvido, principalmente diante do aumento gradativo do número de detentas nos últimos anos. Em 2008<sup>12</sup>, havia 198 mulheres custodiadas no Estado, divididas em todos os regimes. Em 2009<sup>13</sup>, esse número subiu para 237, um aumento de 16,45%.

Além disso, o pavilhão feminino não dispõe de berçário para as crianças que lá vivem, de modo que elas dividem a cela com sua mãe e com as demais detentas, já que também não há separação das mães e gestantes por celas, integrando todas o mesmo ambiente.

Assim, além da lotação das celas exceder o limite, ainda há o convívio das crianças no interior desses espaços totalmente desestruturados e inadequados para sua moradia. Segundo a diretora do CPJC, Tatiana Saraiva<sup>14</sup>, houve no ano passado (2009) uma reforma no pavilhão, onde foi construído um berçário para os bebês, mas que até agora não foi estruturado para esse fim, possuindo apenas quatro paredes. Realmente, o que se viu foi apenas o espaço destinado ao berçário, que acabou por virar mais uma cela dentro do pavilhão.

No que se pese a questão do espaço, há ainda uma total falta de assistência médica e de suporte psicológico e material para as detentas e, principalmente, para as mães, gestantes e crianças que integram a unidade feminina, contando-se apenas com o auxílio de uma assistente social, duas estagiárias de psicologia e um técnico de enfermagem.

Segundo a diretora Tatiana Saraiva, o CPJC tenta prestar todo o auxílio às gestantes, às mães e a seus filhos, encaminhando-os para receberem auxílio médico em hospitais públicos da cidade, havendo, no entanto, o enorme problema da falta de viatura, que impossibilita o transporte dos mesmos.

Para melhor ilustrar o enfoque da pesquisa, foram entrevistadas seis detentas da unidade feminina do CPJC, sendo 3 gestantes e 3 mães em período de lactação. Das gestantes, uma está com cinco meses de gestação, uma com sete meses e uma com nove meses e um dia completados no dia da entrevista. Das mães, uma deu a luz há dois meses, outra há cinco meses e outra há nove meses. Todas já ingressaram na penitenciária grávidas.

---

12 Dados do Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Rio Grande do Norte (BRASIL. Ministério da Justiça, 2008).

13 Dados Infopen de dezembro de 2009 (BRASIL. Ministério da Justiça. DEPEN, 2009).

14 Entrevista concedida no Complexo Penal Dr. João Chaves em Natal, 20 maio de 2010.

Perguntadas acerca da visita íntima, apenas duas afirmam receber e, quanto ao total da população feminina, apenas quatro recebem, segundo a diretora. Estes dados demonstram que a visita íntima não está diretamente relacionada ao início da gravidez dentro da unidade. Das entrevistadas, todas afirmam que gostariam de receber, mas fatores como a distância, o trabalho de seus companheiros, o fato de o marido também estar preso e até o abandono impedem que isso ocorra.

Quando perguntamos como é criar seus filhos ali dentro, todas foram unânimes e rápidas em responder: “horrível”. E logo quando começaram a prestar seus depoimentos, foi possível perceber o quão difícil é a tarefa de cuidar de um bebê nas condições oferecidas.

Primeiramente, é grave o acesso à saúde. Todas reclamam da falta de amparo à saúde do bebê, principalmente. Quase nunca são levados ao pediatra, “apenas quando estão doentes”, disse uma delas. E as que estão grávidas não fizeram pré-natal, sequer foram ao médico uma única vez. Uma das gestantes completou, na data da entrevista, 9 meses e 1 dia de gestação e não fez nenhum acompanhamento gestacional. O feto é o principal prejudicado pela ausência de assistência médica nesse período. A saúde é direito de todos independente de quem seja, e deve ser garantida pelo Estado com a maior dignidade possível.

As gestantes não têm acompanhamento médico nem recebem orientações nutricionais acerca de sua alimentação nesse período, muito menos a instituição oferece uma alimentação diferenciada para elas. Também não fazem exames ginecológicos, preventivos contra o câncer, mamografias, nem outros exames indispensáveis à boa saúde da mulher-mãe.

Para elas, um grande problema é a falta de viatura, pois para tudo que elas precisam fazer fora do pavilhão é necessária uma viatura para as escoltarem, recurso que de fato é escasso no CPJC, tendo a própria diretora afirmado tal carência. Relatou uma das mães entrevistadas que se algum bebê passar mal durante a madrugada, é capaz de ele morrer, pois não há viatura que o leve até o hospital.

Outra reclamação pertinente é a estrutura do pavilhão que não separa as mães com seus filhos das demais presas. Muitas reclamam não ser apropriado, pois algumas detentas fumam dentro das celas e fazem barulho quando os bebês estão dormindo. Apesar disso, afirmam que as demais detentas

ajudam a cuidar dos bebês e que eles são amados por todas. Isso demonstra que a permanência da criança com a mãe não só ajuda no processo de ressocialização da mesma, como também das demais detentas, que tendem a atenuar seus ímpetos hostis, por simples aproximação com a criança.

No momento do parto, a presa gestante é levada a uma maternidade pública da cidade, geralmente o Hospital Santa Catarina, e lá recebe o devido atendimento médico com toda a infraestrutura que o hospital dispõe. Após, retorna para o pavilhão, onde vai se recuperar do parto e vivenciar seu primeiro momento com seu filho em meio às demais detentas.

Transcorrido o prazo de seis meses estabelecido para permanência da mãe presa com o filho, este é entregue aos cuidados de familiares ou amigos. Caso não os tenha, é encaminhado ao abrigo de menores, restando a opção da mãe de entregar à adoção.

Pelos depoimentos, foi constatado o sofrimento de todas em pensar na separação de seus filhos. Das 6 entrevistadas, 2 afirmam que deixarão seus filhos com suas mães e as demais ainda não sabem com quem deixarão. Uma delas ainda está com a guarda da sua filha de 8 meses no interior da penitenciária, devido à falta de algum familiar que possa cuidar da menina. A diretora diz que está em busca de resolver a situação dessa criança, a qual será entregue ao abrigo caso não apareça ninguém que possa criá-la. Já houve um caso de um bebê permanecer com a mãe até os 10 meses. Outras 4 crianças que conviviam no pavilhão feminino do CPJC já foram entregues ao abrigo, afirma a diretora.

Para as mães, o tempo estabelecido de 6 meses não é suficiente. Elas gostariam de ter mais tempo com seus filhos, uma vez que nessa fase muitos ainda estão mamando, não comendo nenhum alimento fora o leite materno. Nesse ponto, seria necessária a intervenção de um psicólogo ou assistente social que oriente a mãe quanto ao processo de desmame, incentivando a mãe a oferecer outros alimentos à criança, inclusive o uso de leite em pó apropriado para recém nascidos.

O problema é que as mães dependem exclusivamente da família para ajudá-las com o apoio material necessário à criação do filho, como fraldas, mamadeiras, pomadas, lençóis, toalhas, sabonetes, leite em pó etc., não dispondo de apoio da instituição nesse sentido. Porém, todas têm esperança de conseguir sair de lá antes que seus filhos sejam retirados de

seus braços, tendo em vista a maioria serem presas provisórias, à espera das audiências que irão sentenciá-las ou absolvê-las.

Ademais, presente foi no discurso de todas a vontade de voltar para casa para cuidar de suas famílias e continuar suas vidas de forma honesta. Todas as detentas entrevistadas afirmam estar arrependidas do crime que cometeram e que ser mãe ajudou a se tornarem pessoas melhores. Nesse ponto, ser mãe e estar apenada em contato com o filho fez perceber nelas a vontade de mudar e construir uma vida digna a partir dali.

## 6 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, foi constatado que, embora quantitativamente a população prisional feminina seja bem inferior à masculina, é certo que sua problemática apresenta aspectos próprios, que a realçam como mais séria e preocupante. A situação de exclusão da mulher presa é agravada não só por seu perfil biográfico-social, mas também pelo tratamento que o aparelho jurídico lhe confere, sem dispor de instrumentos mínimos de proteção e garantia dos direitos inerentes ao seu estado peculiar de mulher presa e mãe.

O estudo, nesse sentido, aponta para reflexões acerca da omissão de gênero que as normas penais e as práticas governamentais consolidaram ao longo dos anos, favorecendo uma situação de desvalorização da mulher dentro do contexto penitenciário que, de um modo geral, foi previsto apenas para homens. A falta de investimentos em construção de unidades prisionais exclusivas para mulheres é um exemplo disso.

A prisão reflete um cenário de desigualdade social, discriminação e seletividade da justiça penal, que acaba punindo grupos mais vulneráveis social e economicamente, estando a mulher inserida nesse contexto.

Quando se fala de mulheres presas, mães ou gestantes, esse quadro se realça. Porque, apesar de ser aplicada a pena privativa de liberdade às gestantes, visto o ato ilícito cometido, não se pode esquecer que seus filhos também acabam sofrendo essa intervenção estatal horrenda, em razão da precariedade das instalações carcerárias, em sua maioria desprovidas do mínimo legal exigido, qual seja a instalação de berçários e creches destinados aos filhos das presas.

Esse fator estrutural, além do enorme estresse e angústia gerados pelo ambiente intramuros, acaba por afetar diretamente o saudável

desenvolvimento da criança, desde sua vida intrauterina, que responde pelos abalos físicos e psíquicos motivados pelo ambiente imediato de vivência de sua mãe.

Portanto, é primordial que a visão da justiça seja integrada com a visão da saúde mental da criança, de modo a garantir o mínimo existencial de estrutura física, alimentação, higiene, educação e assistência médica, contribuindo, portanto, para sua adequada formação.

Na experiência observada no pavilhão feminino do Complexo Penal Dr. João Chaves, viu-se que esses direitos ainda são bastante negligenciados. A estrutura é precária e as garantias fundamentais esquecidas. Faltam políticas públicas de amparo às mães e gestantes que lhes proporcionem condições adequadas para cuidarem de seus filhos no interior do cárcere.

É urgente a necessidade de estruturação do berçário recentemente construído, mas totalmente inutilizado por estar simplesmente vazio. Imprescindível se faz também a compra de mais viaturas para atender às necessidades emergenciais das mães/gestantes e dos bebês, que deixam de receber adequado atendimento médico por total falta de um transporte, assim como a ausência de profissionais habilitados – médicos, enfermeiros e psicólogos – é uma grande carência que deve ser sanada.

Enfim, é preciso que o Estado volte os olhos para esse problema instaurado e crie projetos de reestruturação das alas femininas das penitenciárias, fornecendo às instituições subsídios específicos para apoio material e alimentício das mães e seus filhos, além da criação de um quadro fixo de profissionais habilitados para garantir sua saúde física e mental.

Com ações simples e práticas é possível mudar esse quadro e fornecer condições mínimas de convivência de mãe e filho dentro do cárcere, proporcionando-lhes uma estadia mais humanizada, com respeito à sua dignidade de pessoa humana.

Ademais, é preciso divulgar amplamente as vantagens das penas alternativas, pois manter na prisão uma infratora mãe ou gestante, que não seja realmente violenta ou perigosa, é um péssimo negócio para os cidadãos, que arcam com os custos altíssimos que um preso representa. Mas o custo maior será para a criança que cresce em um ambiente de exclusão, carregando experiências que certamente irão marcar sua vida para sempre. E esta criança é um futuro cidadão, que irá ajudar a construir a sociedade de amanhã.

## 7 REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Senado Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75616>>. Acesso em: 02 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Senado Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75648>>. Acesso em: 02 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.942 de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 12 de Dezembro de 1991**. Anexo ao Decreto Legislativo nº 226, que promulgou a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=136601>>. Acesso em: 17 jan. 2010.

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

BRASIL. Ministério da Justiça. **Conferência Nacional de Segurança Pública**. Natal, 2009. Disponível em: <[http://www.conasp.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=734:tarso genro-define-com-governadora-projetos-do-pronasci-para-omn&catid=49:noticiasgerais&Itemid=226](http://www.conasp.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=734:tarso%20genro-define-com-governadora-projetos-do-pronasci-para-omn&catid=49:noticiasgerais&Itemid=226)>. Acesso em: 10 maio 2010.

\_\_\_\_\_. **Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Rio Grande do Norte**. 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2AC5EC2AC7834C729B1465BE75D88371PTBRIE.htm>> Acesso em: 12 maio 2010.

\_\_\_\_\_. **Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci)**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/pronasci>>. Acesso em: 12 maio 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994**. Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMID4BA0295587E40C6A2C6F741CF662E79PTBRIE.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Estatística**. 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 17 maio 2010.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do Direito Penal. **Buscalegis**, América do Norte, 2000. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/11532/public/11532-11532-1-PB.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

FALCONE, Vanda Mafra. Atuação multiprofissional e a saúde mental de gestantes. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 39. n. 4, 2005. **Disponível em:** <<http://www.scielo.org>>. Acesso em: 16 maio 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução Richard Paul Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

LIMA, Elça Mendonça. **Origens da prisão feminina no Rio de Janeiro: o período das freiras (1942-1955)**. Rio de Janeiro: OAB, 1983.

MARTINS, Dora. **A mulher no sistema carcerário**. Disponível em: <<http://redesocial.unifreire.org/privacao/mulheres-encarceradas/a-mulher-no-sistema-carcerario-dora-martin>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-84. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 02 abr. 2010.

PERROT, M. **Os excluídos da história**: operários, mulheres, prisioneiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

RICO, Ana Maria Moratelli da Silva. A vida emocional do feto. In: GUIA do bebê. Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br>>. Acesso em: 16 maio 2010.

SANTA RITA, P. R., **Mães e crianças atrás das grades**: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, UnB, 2006. Disponível em: <[http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=837](http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=837)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

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



# **A ATUAÇÃO DO CRANIAL ELECTROTHERAPY STIMULATION (CES) EM PACIENTES DE PÓS-OPERATÓRIO DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA<sup>1, 2</sup>**

Rodrigo Marcel Valentim da Silva<sup>3</sup>

Renally Marques Lucas de Araújo<sup>4</sup>

Aline Silva de Cunha Costa<sup>5</sup>

Patrícia Froes Meyer<sup>6</sup>

Oscar Ariel Ronzio<sup>7</sup>

## **RESUMO**

As cirurgias plásticas podem propiciar transformações, levando as pessoas que se submetem a tal procedimento a melhorarem sua autoestima e bem-estar. Infelizmente, a presença de transtornos psiquiátricos prévios, como depressão e ansiedade no pré-operatório tem sido descritas em até 80% dos pacientes e resultam no aumento do consumo de anestésicos durante o período intra-operatório e na demanda por analgésicos e ansiolíticos no pós-operatório. Além disso, a ansiedade e a depressão no pré-operatório parecem ter importante influência no sistema imunológico e na cicatrização, dificultando a recuperação do paciente. O objetivo desta pesquisa foi avaliar o efeito do Cranial Electrotherapy Stimulation (CES) nos níveis de depressão e ansiedade de pacientes submetidos a cirurgia plástica estética. Trata-se de um ensaio clínico controlado randomizado. A amostra foi formada por 30 pacientes em pós-operatório de cirurgia plástica divididas em dois grupos: controle e tratado, avaliados através dos questionários de Zung e de Hamilton, aplicados antes e depois do tratamento. O equipamento CES foi utilizado nos parâmetros de frequência de 0,5Hz, intensidade de 600 microampéres, durante 20 minutos, três vezes na semana, totalizando 10 atendimentos. Os resultados relacionados a presença de ansiedade nos grupos não foram significantes ( $p = 0,5053$ ,  $t = 0,6749$ ), demonstrando a homogeneidade intragrupos dos dois grupos. Na comparação entre os grupos controle e tratado foi observado uma diferença significativa, com  $p < 0,001$ , demonstrando que havia diferença entre os grupos. A diferença entre os valores antes e depois do grupo controle foi significativa ( $P < 0,0001$ ,  $t = 6,134$ ). A diferença entre os grupos

1 Essa pesquisa foi desenvolvida como Monografia de Conclusão do Curso de Fisioterapia do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN, 2011; Foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Potiguar - UnP, Natal/RN, com protocolo de número 262/2009.

2 A pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Potiguar - UnP, Natal/RN, com protocolo de número 262/2009.

3 Mestrando em Fisioterapia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: marcelvalentim@hotmail.com.

4 Fisioterapeuta Graduada pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.

5 Fisioterapeuta Graduada pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.

6 Doutora em Ciências da Saúde pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Docente do Curso de Fisioterapia do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: patricia.froesmeyer@gmail.com.

7 Lic. em Terapia Física. Prof. Titular Universidad Maimónides, Universidad Favaloro, Universidad del Salvador y Universidad Morón, Buenos Aires, Argentina. E-mail: oronzio@gmail.com.

tratados antes e após o tratamento foi significativo ( $P > 0,0004$ ,  $t = 4,562$ ). Infelizmente não foi possível confirmar a eficácia do CES na depressão e ansiedade de pacientes em pós-cirurgia plástica, apesar dos resultados positivos. Sugere-se que mais pesquisas sejam realizadas a respeito deste tema.

**Palavras-chaves:** Modalidades em Fisioterapia. Cirurgia plástica. Ansiedade. Depressão. Terapia por Estimulação Elétrica.

## **THE PERFORMANCE OF CRANIAL ELECTROTHERAPY STIMULATION (CES) IN PATIENTS OF POSTOPERATIVE OF AESTHETIC PLASTIC SURGERY**

### **ABSTRACT**

The plastic surgery can provide change, leading people who undergo this procedure to improve their self-esteem and well-being. Unfortunately, the presence of previous psychiatric disorders such as depression and anxiety before surgery have been described in up to 80% of patients and result in increased consumption of anesthetics during the intraoperative period and demand for analgesics and anxiolytics in the post-operative. Furthermore, anxiety and depression preoperative appear to have important influence on the immune system and healing, making patient recovery. The objective of this research was to evaluate the effect of Cranial Electrotherapy Stimulation (CES) in levels of depression and anxiety of patients undergoing cosmetic surgery. This is a randomized controlled trial. The sample was 30 patients after plastic surgery divided into two groups: control and treated, evaluated through questionnaires Zung and Hamilton, applied before and after treatment. The equipment was used in the CES parameters frequency of 0.5 Hz, intensity of 600 microamperes for 20 minutes three times a week, totaling 10 sessions. The results about presence of anxiety in the groups were not significant ( $p = 0.5053$ ,  $t = 0.6749$ ), demonstrating the homogeneity of the two groups. In intragroup comparison between control and treated groups was observed significant difference, with  $p < 0.001$ , showing that there were differences between the groups. The difference between the values before and after the control group was significant ( $P < 0.0001$ ,  $t = 6.134$ ). The difference between the treated group before and after treatment was significant ( $P < 0.0004$ ,  $t = 4.562$ ). Unfortunately it was not possible to confirm the effectiveness of ESC in depression and anxiety in patients after plastic surgery, although positive results. It is suggested that more research is done on this subject.

**Keywords:** Modalities in Physical Therapy. Plastic surgery. Anxiety. Depression. Electric Stimulation Therapy.

## 1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, existe uma constante busca por um corpo perfeito. As cirurgias plásticas podem propiciar esta transformação, levando as pessoas que se submetem a tal procedimento a melhorarem sua auto-estima e a sensação de bem-estar (AMARAL *et al.*, 2003).

A cirurgia plástica é dividida em dois ramos principais: a cirurgia plástica reparadora ou reconstrutiva (CPR) e a cirurgia plástica estética (CPE). A cirurgia plástica estética se propõe a trazer as variações da normalidade do corpo para o mais próximo possível daquilo que se concebe como padrão de beleza para uma cultura em um determinado momento e também, corrigir as alterações evolutivas do tempo. Além disso, acresce a essa finalidade o objetivo de melhorar a aparência e a auto-estima e consequentemente, a qualidade de vida, pois são alterações corporais que não configuram doenças, mas causam alterações psicológicas (PRADO; LEICHTWEIS; JOHNER, 2008).

Os resultados afirmam que o fato do paciente já ter passado por experiências positivas com relação à cirurgia, não amenizam o medo sentido, ou seja, a ansiedade surge independente do número de cirurgias a que o paciente já se submeteu. Não importa a complexidade da cirurgia, pois mesmo que seja um procedimento “tecnicamente” simples, é capaz de mobilizar ansiedade. Cada cirurgia é vivenciada como única, sempre um novo evento, mesmo nos casos no qual o paciente já conhece os procedimentos técnicos (FIGHERA; VIERO, 2005).

A ansiedade pode ser observada em diferentes níveis em muitos pacientes que procuram esses tipos de procedimentos, os quais são portadores de uma expectativa, justificada pela coragem de investir em seu corpo, pela procura da solução para o seu problema, desejando que o resultado do tratamento proposto seja o mais próximo possível do idealizado, e pela repercussão que sua nova imagem corporal causará para si e para os outros (AURICCHIO; MASSAROLLO, 2007).

Entende-se por ansiedade o conjunto de manifestações somáticas transitórias, tais como, taquicardia, hiperventilação, sudorese e manifestações psicológicas com sentimentos de apreensão, nervosismo, inquietude, podendo, ainda, acarretar alterações do ciclo sono-vigília (GARBOSSA *et al.*, 2009; PINEL, 2005).

Uma opção de tratamento para a ansiedade seria o uso da eletroterapia através do aparelho *Cranial Electrotherapy Stimulation (CES)*, pois evitaria a ingestão de medicamentos e possíveis efeitos colaterais. O *CES* possui microcorrente que interfere no ritmo das ondas cerebrais baixando sua frequência, proporcionando uma sensação de relaxamento ao indivíduo, sem que o mesmo deixe seu estado de alerta e possa realizar suas atividades de vida diária (AVD) normalmente (TAN *et al.*, 2006).

O *CES* atua aumentando a capacidade das células neurais para produção de serotonina, dopamina, DHEA, endorfinas e outros neurotransmissores e corrigindo desequilíbrios no sistema neuro-hormonal (SMITH, 2008). A microcorrente *CES* é transmitida para a base do cérebro (tronco cerebral), ativando aglomerados de células nervosas da serotonina que está ligada ao relaxamento. O *CES* atua nos processos neurológicos ligados ao estado alfa e parece reduzir o stress e a ansiedade, estabilizar o humor, e exercer controle sobre certos tipos de dor, sintomas comuns no pós-operatório de cirurgia plástica estética (GIORDANO *et al.*, 2006). Para Schroeder e Barr (2001), trata-se de uma nova tecnologia ainda desconhecida no Brasil, mas de uso frequente em outros países como Estados Unidos e Argentina.

Infelizmente, a presença de transtornos psiquiátricos prévios como depressão e ansiedade no pré-operatório tem sido descritas em até 80% dos pacientes e resultam no aumento do consumo de anestésicos durante o período intra-operatório e na demanda por analgésicos e ansiolíticos no pós-operatório. Além disso, a ansiedade e a depressão no pré-operatório parecem ter importante influência no sistema imunológico e na cicatrização, dificultando a recuperação do paciente (MARCOLINO *et al.*, 2007; MORO; MODOLO, 2004).

Diante do exposto, este trabalho busca investigar os possíveis efeitos do *CES* no tratamento da diminuição da ansiedade em pacientes em estado de pós-operatório de cirurgia plástica estética.

## 2 METODOLOGIA

Trata-se de um ensaio clínico controlado randomizado. O projeto foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Potiguar (CEP/RN), com o parecer número 262/2009, e após a aprovação foram iniciados os procedimentos experimentais na Clínica Biofísio, Natal/RN.

A amostra foi formada por 30 pacientes do sexo feminino, escolhidas de forma não probabilística. Como critérios de inclusão do estudo as voluntárias deveriam apresentar queixas de ansiedade, estar em período de pós-operatório de cirurgia plástica estética entre o 5º e o 45º dia, não possuir labirintite, vertigem, epilepsia, convulsões e não fazer uso de medicamentos do tipo ansiolíticos. As voluntárias seriam excluídas caso desistissem de participar da pesquisa, obtivessem mais de 3 faltas durante o protocolo experimental, ou em caso de desistência própria. Nesse estudo, nenhuma das voluntárias foram excluídas.

A amostra foi dividida em dois grupos: grupo controle no qual foram realizados os protocolos para tratamento de PO de cirurgia plástica associado à utilização do aparelho de CES desligado, além do grupo experimental o qual foi submetido à aplicação do aparelho de CES ligado.

Os dados experimentais foram coletados através da aplicação de questionários para análise da depressão e ansiedade. Os instrumentos utilizados foram:

**Questionário de Zung:** Classifica a depressão em quatro níveis: As pontuações são classificadas em quatro faixas: 20-49. Faixa Normal 50-59 levemente deprimidas, 60-69 moderadamente deprimidos, 70 e acima severamente deprimidos. A auto-avaliação de Zung é um pequeno inquérito auto-administrado, para quantificar o estado depressivo do paciente. Há dez alternativas formuladas positivamente e dez questões formuladas negativamente. Cada pergunta é pontuada em uma escala de 1 a 4 (com base nessas respostas: “um pouco de tempo”, “algum tempo”, “boa parte do tempo”, “a maior parte do tempo”) (CRUZ, 2008).

**Questionário de Hamilton:** É uma escala de heteroavaliação composta de quatorze questões na qual os avaliadores pontuam a gravidade dos sintomas, incluindo a ansiedade, tensão muscular, insônia, sintomas autonômicos como palpitações, náuseas ou dispnéia. Apresenta quatorze itens subdivididos em dois grupos, sete relacionadas a sintomas de humor ansioso e sete relacionadas a sintomas físicos de ansiedade (tensão, insônia, muscular (somático), cardiovasculares, respiratório, gastrointestinais, geniturinário). Cada item é pontuado em uma escala variando de 0 = não apresentar a 4 = severa, sendo totalizado conforme o grau de intensidade o que totaliza o escore total. Ansiedade 14-17 = leve, 18-24 = ansiedade moderada e 25-30 = ansiedade grave (MOCHCOVITCH; CRIPPA; NARDI, 2010).

Cada paciente recebeu o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, sendo explicados os objetivos e procedimentos da pesquisa, após a concordância e assinatura da voluntária, os procedimentos experimentais foram iniciados.

No primeiro atendimento, as pacientes responderam os questionários de Zung, instrumento validado para verificação do nível de depressão de pacientes com transtorno depressivo, sendo posteriormente aplicado o questionário com a Escala de Ansiedade de *Hamilton (HAM-A)*, instrumento validado para medir o grau da ansiedade de um paciente.

Após a aplicação dos questionários as voluntárias foram submetidas aos procedimentos experimentais. No grupo tratado os participantes recebiam o tratamento com o aparelho em funcionamento, enquanto no grupo controle o aparelho permanecia desligado durante toda a sessão. Todas as participantes foram submetidas a 03 atendimentos por semana totalizando em 10 atendimentos, com duração de 20 minutos cada atendimento, utilizando o aparelho *CES* de marca *DEMOX*, com a frequência de 0,5 Hz que possui uma microcorrente retangular bifásica simétrica. As pacientes que realizaram o tratamento no grupo controle receberam, após o término da pesquisa, 10 sessões com o equipamento ligado.

Os dados coletados foram tabulados no programa *Microsoft Office Excel 2007*, seguidos para análises quantitativas, no qual os valores obtidos dos grupos tratados e controle pelo questionário de *Zung* foram analisados mediante o teste *t* não pareado, o qual usa duas amostras de localização da hipótese nula de que as médias de duas populações são normalmente distribuídas iguais, visando testar a igualdade entre duas médias. O teste supõe independência e normalidade das observações, ou seja, não havendo diferença entre os grupos.

Posteriormente os valores do questionário de *Hamilton*, utilizados em ambos os grupos, foram analisados pelo teste *t* pareado, o qual comparou as duas médias com distribuições normais, sendo a mesma população e em dois momentos diferentes: antes e após tratamento. O mesmo possuía interesse em verificar se o uso do *CES* contribuiu para a redução no nível da ansiedade nas mulheres em estado de pós-cirurgia plástica estética, ou seja, verificar se o nível da ansiedade antes era maior do que após o tratamento, sendo esta a hipótese, ao fim foram traçados gráficos que explicitaram os achados. Foi adotado um índice de significância cujo  $p < 0,05$ .

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os dados obtidos no questionário de *Zung* dos grupos controle e tratado foram descritos e apresentados na Tabela 1.

**Tabela 1:** Descrição dos valores dos escores da Escala de Zung, durante a avaliação inicial

| SCORES DA ESCALA DE ZUNG |          |         |
|--------------------------|----------|---------|
| INDIVÍDUO                | CONTROLE | TRATADO |
| P1                       | 30       | 36      |
| P2                       | 36       | 39      |
| P3                       | 37       | 39      |
| P4                       | 34       | 31      |
| P5                       | 33       | 26      |
| P6                       | 35       | 30      |
| P7                       | 41       | 45      |
| P8                       | 37       | 38      |
| P9                       | 42       | 32      |
| P10                      | 40       | 40      |
| P11                      | 42       | 50      |
| P12                      | 41       | 43      |
| P13                      | 59       | 42      |
| P14                      | 39       | 28      |
| P15                      | 28       | 45      |
| Media                    | 38,13    | 37,60   |
| Des. Vest.               | 7,09     | 6,99    |

Os resultados encontrados a partir desta avaliação (Tabela 1) foram: 28 participantes apresentaram estar na faixa da normalidade (94%), 02 pacientes possuíam quadro de leve depressão (06%) e nenhuma participante estava no quadro severo ou extremo de ansiedade (0%). De acordo com Nardi (1998), uma das dificuldades teóricas encontradas na avaliação da ansiedade é a concomitância com sintomas depressivos. Essas duas síndromes são difíceis de classificação, pois o que chamamos de depressão ou ansiedade pode mudar conforme determinados parâmetros teóricos. Nos pacientes é impossível caracterizar alguns sintomas como “puramente” depressivos ou “puramente” ansiosos.

A Tabela 2 mostra valores da mediana, mínima e máxima dos escores obtidos no questionário de *Zung*. A média do grupo controle e tratado foram, respectivamente, de 38,13 e 37,6 do tratado. Portanto, os grupos avaliados

não apresentaram quadro de depressão importante, demonstrando assim que não necessariamente todo paciente com ansiedade possui depressão.

**Tabela 2:** Estatística descritiva dos escores de Zung dos grupos controle e tratado

| GRUPOS             | CONTROLE | TRATADO |
|--------------------|----------|---------|
| Média              | 38,133   | 37,600  |
| Pontos             | 15       | 15      |
| Desvio Padrão      | 7.090    | 6.988   |
| Padrão de erro     | 1.831    | 1.804   |
| Mínimo             | 28.000   | 26.000  |
| Máximo             | 59.000   | 50.000  |
| Mediana            | 37.000   | 39.000  |
| Inferior do IC 95% | 34.207   | 33.730  |
| Superior do IC 95% | 42.060   | 41.470  |

Diante dos dados obtidos na Escala de *Zung*, realizou-se para devida comparação de dados, a aplicação do Questionário de Hamilton, antes e após o tratamento, que teve duração de um (01) mês. Os resultados estão expostos na Tabela 3.

**Tabela 3:** Comparação dos níveis de ansiedade de acordo com a escala de Hamilton dos grupos controle e tratado antes do início da aplicação dos protocolos experimentais

| COMPARAÇÃO                                                 | DIFERENÇA(t) | VALORES DE P  |
|------------------------------------------------------------|--------------|---------------|
| Comparação entre sujeitos intra-grupo. Controle (CH) Antes | 19,4         | ns P = 0,5053 |
| Comparação entre sujeitos intra-grupo. Tratado (TH) Antes  | 17,33        | ns t = 0,6749 |
| Comparação intergrupos. C.H Antes x T.H Depois             | 6,134        | P < 0,0001.*  |

**Legenda:\*** Existe diferença nos níveis de ansiedade entre os grupos controle e tratado.

Os valores do intra grupos controle (CH antes) versus tratado (TH Antes) antes do tratamento foram analisados usando teste t não pareado. Os valores médios foram de 19,4 e 17,33 respectivamente. Os resultados não foram significativos ( $p = 0,5053$ ,  $t = 0,6749$ ), demonstrando a homogeneidade intragrupos dos dois grupos. Na comparação entre os grupos controle e trata-

do foi observado uma diferença significativa, com  $p < 0,001$ , demonstrando que havia diferença entre os grupos.

Posteriormente, os valores do Teste de *Hamilton* para ambos os grupos pré e pós tratamento foram analisados pelo teste t pareado.

A Tabela 4 mostra a pontuação obtida através do questionário de *Hamilton* realizado antes e depois nas pacientes que foram submetidas ao grupo placebo. Dentre as participantes, 07 apresentaram nível de ansiedade leve (P1, P4, P5, P8, P10, P14, P15); 05 apresentaram nível leve a moderado (P2, P6, P7, P11, P12) e 03 apresentaram nível moderado a grave (P3, P9, P13). Pode-se perceber que os indivíduos que se apresentaram no nível leve obtiveram uma diminuição significativa, não atingindo pontuação necessária para ser classificado como paciente ansioso. Entre os indivíduos que se apresentavam no nível leve a moderado, todos obtiveram diminuição importante no número de escore, apresentando resultados que não os classificava com o mínimo grau de ansiedade. Os indivíduos que apresentaram quadro de ansiedade moderado a grave no final do tratamento, apenas um (P3) alcançou o nível de ansiedade leve, os demais obtiveram pontuações que os classificaram como pacientes não ansiosos.

**Tabela 4:** Valores do Escores do teste de Hamilton pré e pós realização do protocolo para o grupo controle.

| SCORES DO TESTE DE HAMILTON |             |              |
|-----------------------------|-------------|--------------|
| Indivíduo                   | C. H. Antes | C. H. Depois |
| P1                          | 17          | 9            |
| P2                          | 20          | 11           |
| P3                          | 34          | 15           |
| P4                          | 12          | 4            |
| P5                          | 16          | 9            |
| P6                          | 19          | 7            |
| P7                          | 18          | 4            |
| P8                          | 14          | 3            |
| P9                          | 28          | 6            |
| P10                         | 16          | 3            |
| P11                         | 23          | 7            |
| P12                         | 18          | 12           |
| P13                         | 38          | 3            |
| P14                         | 13          | 2            |
| P15                         | 5           | 4            |
| Media                       | 19,40       | 6,60         |
| Med. Vest                   | 8,50        | 3,89         |

A Tabela 5 mostra valores da mediana, mínima e máxima dos escores obtidos no questionário de *Hamilton*, aplicados com o grupo placebo, os dados foram analisados pelo teste t pareado. No grupo controle os valores médios antes (antes de PH) e após o tratamento (PH depois) para o teste de *Hamilton* foram 19,4 e 6,6 respectivamente. A diferença entre esses grupos foi significativa ( $P < 0,0001$ ,  $t = 6,134$ ), demonstrando que houve uma diminuição em relação ao nível da ansiedade, que pode ser explicado a partir da influência dos fatores externos sobre o paciente.

**Tabela 5:** Análise descritiva dos escores de Hamilton dos grupos controle antes e depois do tratamento

| GRUPOS             | C.H ANTES | C.H DEPOIS |
|--------------------|-----------|------------|
| Média              | 19.400    | 6.600      |
| Pontos             | 15        | 15         |
| Desvio Padrão      | 8.500     | 3.888      |
| Padrão de erro     | 2.195     | 1.004      |
| Mínimo             | 5.000     | 2.000      |
| Máximo             | 38.000    | 15.000     |
| Mediana            | 18.000    | 6.000      |
| Inferior do IC 95% | 14.692    | 4.447      |
| Superior do IC 95% | 24.108    | 8.753      |

Essa diminuição de escores e até mesmo do nível de ansiedade em pacientes com o aparelho desligado podem ser explicados pelo ambiente e situação em que o indivíduo está vivendo. De acordo com Santos (2007), as crenças e esperanças de uma pessoa sobre o tratamento, combinadas com sugestibilidade, podem ter um efeito bioquímico significativo. Sabemos que as experiências sensoriais e pensamentos podem afetar a neuroquímica, e que o sistema neuroquímico do corpo afeta e é afetado por outros sistemas bioquímicos, inclusive o hormonal e o imunológico. Assim, há provavelmente uma influência da atitude esperançosa, e as crenças de uma pessoa são muito importantes para o seu bem estar físico e sua recuperação de lesões ou doenças. Também a crença no tratamento sugere melhoras que auxiliam na recuperação física e mental do indivíduo.

A Tabela 6 mostra os resultados obtidos do grupo tratado, através do questionário de *Hamilton* que foi aplicado no início e término do tratamento. Pode-se observar que 09 participantes apresentaram nível de

ansiedade leve (P1, P2, P4, P6, P7, P8, P9, P10, P14), 02 apresentaram nível leve a moderado (P12, P13) e 04 apresentaram nível moderado a grave (P3, P5, P11, P15). Ao término do tratamento, apenas um participante permaneceu no nível leve (P1) e os demais obtiveram pontuações que não os classifica como ansiosos. Entre os indivíduos que se apresentaram no nível leve a moderado, 02 regrediram para o nível leve (P5, P12) e 01 apresentou considerada diminuição de escore que o excluiu de qualquer nível de ansiedade (P13). Os indivíduos que se encontraram no nível moderado a grave também obtiveram diminuição de escore, em que 01 passou para o nível de ansiedade leve (P5), e os demais obtiveram escores que os exclui de qualquer nível de ansiedade.

**Tabela 6:** Valores do escores do teste de Hamilton pré e pós-realização do protocolo para o grupo tratado

| INDIVÍDUO  | T. H. ANTES | T. H. DEPOIS |
|------------|-------------|--------------|
| P1         | 13          | 13           |
| P2         | 12          | 2            |
| P3         | 32          | 3            |
| P4         | 8           | 4            |
| P5         | 25          | 17           |
| P6         | 5           | 1            |
| P7         | 16          | 7            |
| P8         | 13          | 3            |
| P9         | 10          | 9            |
| P10        | 11          | 10           |
| P11        | 25          | 10           |
| P12        | 21          | 16           |
| P13        | 22          | 7            |
| P14        | 16          | 7            |
| P15        | 31          | 10           |
| Media      | 17,33       | 7,93         |
| Dês. Vest. | 8,27        | 4,91         |

Os valores médios do grupo tratado antes (TH antes) e após o tratamento (TH depois) para o teste de *Hamilton* aplicado com o grupo tratado foram 17,33 e 7,93, respectivamente. A diferença entre esses grupos foi significativa ( $P > 0,0004$ ,  $t = 4,562$ ), demonstrando assim que houve efeito do *CES* na redução da ansiedade neste grupo.

Estes resultados reforçam o que foi citado anteriormente em relação aos efeitos positivos do *CES* no tratamento da ansiedade.

**Tabela 7:** Análise descritiva dos escores de Hamilton dos grupos tratado antes e depois do tratamento

| GRUPOS             | T.H ANTES | T.H DEPOIS |
|--------------------|-----------|------------|
| Média              | 17.333    | 7.933      |
| Pontos             | 15        | 15         |
| Desvio Padrão      | 8.269     | 4.906      |
| Padrão de erro     | 2.135     | 1.267      |
| Mínimo             | 5.000     | 1.000      |
| Máximo             | 32.000    | 17.000     |
| Mediana            | 16.000    | 7.000      |
| Inferior do IC 95% | 12.754    | 5.216      |
| Superior do IC 95% | 21.913    | 10.650     |

Esmeraldo *et al.* (2009), que investigaram os efeitos do aparelho de eletroterapia *CES*, a partir de uma comparação entre o grupo controle e tratado, e obtiveram resultados em que a diferença entre o controle (P.H Antes) e o grupo tratado (T.H Antes) não foi significativa ( $P > 0.05$ ). A diferença entre os grupos controle antes (C.H Antes) e depois (C.H Depois) do tratamento não foi significativa ( $P > 0.05$ ). A diferença entre o grupo controle (C.H Depois) e o grupo tratado (T.H Depois) depois das sessões não foi significativa ( $P > 0.05$ ). A diferença entre o grupo tratado antes (T.H Antes) e depois (T.H Depois) foi muito significativa ( $P < 0.001$ ), comprovando assim que o tratamento para a ansiedade através do *CES* pode ser benéfico para estes pacientes, proporcionando-lhes alívio de sintomas e sensação de bem estar.

Um amplo corpo de pesquisas sugere que a o *CES* pode tratar eficazmente alterações psicológicas. Os dados científicos também mostram a promessa para outras condições, tais como tensão, dor / enxaqueca e fibromialgia. O *CES* também pode trazer vantagens para as dependências químicas (medicamentos, álcool e tabaco) (JONES, 2006).

A fim de confirmar a eficácia do aparelho *CES* em relação a distúrbios do sono, foram realizadas dezoito pesquisas, com um total de 648 pacientes, os quais foram tratados com a microcorrente. O resultado da análise mostrou que a eficácia global da *CES* foi de 62% de melhora (SMITH, 2008). Infelizmente, neste estudo não foi possível ter a comprovação destes efeitos.

Imediatamente após o uso do CES no modo ativo, os pacientes geralmente relatam sentir mais relaxado. Geralmente, um tempo de tratamento de 20 a 40 minutos, diariamente ou em dias alternados é o mais indicado. Pode demorar alguns minutos antes de as atuais necessidades serem reduzidas. Algumas pessoas sentem-se um pouco sonolentas nos primeiros minutos, esta é uma sensação agradável e muito confortável. Depois de alguns minutos a horas, a sensação de tontura geralmente desaparece, o estado permanece relaxado e um profundo sentido de alerta é atingido. Este estado de relaxamento / alerta geralmente permanece por um período médio de 12 a 72 horas após os primeiros tratamentos e então se torna cumulativo de uma série de tratamentos. A maioria dos pacientes refere sentir-se mais relaxado, menos angustiado, enquanto sua mente permanece alerta e ainda mais focada em tarefas mentais (DIMITROV; RALEV, 2009).

Kirsch (2002), afirma que as respostas individuais podem variar, mas a maioria dos usuários relata sintomas reduzidos (como ansiedade) após o tratamento na primeira ou segunda aplicação. A ansiedade grave, no entanto, pode exigir três semanas para obter resultados terapêuticos. Durante o uso, os pacientes muitas vezes relatam experiências agradáveis com relaxamento muscular e aumento ainda maior da clareza mental. Eles também podem sentir uma pulsação ou formigamento, sensação em suas orelhas (considerado normal), no entanto ajustes de configuração do aparelho podem aliviar estes sintomas. Os efeitos positivos após um único tratamento podem durar até dois dias e os efeitos geralmente se tornam cumulativos.

Apesar de vários estudos obtendo resultados positivos utilizando o CES como instrumento para o tratamento da ansiedade, ainda há controvérsias, pois o mecanismo exato da ação do aparelho no organismo ainda não está bem definido.

#### 4 CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES

Verificaram-se efeitos positivos do uso do *Cranial Electrotherapy Stimulation (CES)* em pacientes portadores de ansiedade que se encontra em período de pós-cirurgia plástica estética, pois os pacientes que receberam atendimentos com o aparelho na forma ativa apresentaram melhora no âmbito psicológico.

Todavia, a aplicação do aparelho com o grupo controle, também demonstrou uma alteração significativa em relação à diminuição da ansiedade, a qual pode ser explicada pela influência do ambiente sobre os participantes, sendo então incentivado a uma nova pesquisa em que seja feita uma escolha de grupos que apresentem maiores níveis de ansiedade, a fim de comparar os resultados.

A falta de intervenção no transtorno de ansiedade poderá acarretar possíveis complicações no quadro pós-operatório, devido a estreita relação entre sintomas físicos e problemas mentais, sendo estes problemas poucas vezes tratados ou dados à devida importância no âmbito da fisioterapia.

## 5 REFERÊNCIAS

AMARAL, A. B. *et al.* Complicações em abdominoplastias. In: MÉLEGA, J. M. **Cirurgia plástica fundamentos e artes: cirurgia estética**. Rio de Janeiro: Medsi, 2003. p. 695-705.

AURICCHIO, A.; MASSAROLLO, M. Procedimentos estéticos: percepção do cliente quanto ao esclarecimento para a tomada de decisão. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 13-20, 2007.

CRUZ, M. A. C. **Ansiedade e bem-estar na transição para o ensino superior: o papel do suporte social**. 2008. 191 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, Portugal, 2008.

DIMITROV, D; RALEV, N .D. Signals and systems for electrosleep. **Electroncs and electrical engineering**, Sofia-BG (Bulgaria), v. 93, n. 5, p. 95-98, 2009.

ESMERALDO, M. C. G. *et al.* **Os efeitos da eletroterapia no tratamento da ansiedade através do Cranial Electrotherpy Stimulation (CES)**. 2009. 17 f. Monografia (Bacharelado) – Curso de Fisioterapia, Universidade Potiguar, Natal, 2009.

FIGHERA, J.; VIERO, E. V. Vivências do paciente com relação ao procedimento cirúrgico: fantasias e sentimentos mais presentes. **Revista SBPH**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 51-63, 2005.

GARBOSSA, A. *et al.* Efeitos de orientações fisioterapêuticas sobre a ansiedade de pacientes submetidos à cirurgia de revascularização miocárdica. **Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular**, Passo Fundo, v. 24, n. 3, p. 359-366, 2009.

GIORDANO, J. *et al.* Cranioelectrotherapy. **Natural Medicine**, n. 23, p.118-120, 2006.

JONES, E. Cranial Electrotherapy Stimulation: a non-drug neuromedical treatment. **Revista Neuroscience & Neurology**, 2006. Disponível em: <<http://brainblogger.com/2006/12/25/cranial-electrotherapy-stimulation-a-non-drug-neuromedical-treatment>>. Acesso em: 02 maio 2011.

KIRSCH, D. L. A practical protocol for electromedical treatment of pain: cranial electrotherapy stimulation. In: KIRSCH, D. L. (Ed.). **Pain management: a practical guide for clinicians**. 6th ed. Boca Raton, FL: Greenwood Press, 2002.

MARCOLINO, J. *et al.* Escala hospitalar de ansiedade e depressão: estudo da validade de critério e da confiabilidade com pacientes no pré-operatório. **Revista Brasileira de Anestesiologia**, v. 57, n. 1, 2007.

MOCHCOVITCH, M. D.; CRIPPA, J. A.; NARDI, A. E. Transtornos de ansiedade. **Revista Brasileira de Medicina**, Rio de Janeiro, v. 67, n. 11, p. 390-399, 2010.

MORO, Eduardo Toshiyuki; MODOLO, Norma Sueli Pinheiro. Ansiedade, a criança e os pais. **Revista Brasileira de Anestesiologia**, v. 54, n. 5, p. 728-738, 2004.

NARDI, A. E. **Comentários do debatedor: escalas de avaliação de ansiedade. Revista de Psiquiatria Clínica**, v. 25. n. 6, 1998.

PINEL, J. P. J. **Biopsicologia**. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

PRADO, M. L.; LEICHTWEIS, C. F.; JOHNER, A. O. **Cirurgia nas mamas: a experiência de mulheres que buscam a harmonia com seus corpos**. Florianópolis: Departamento de Enfermagem, 2008.

SANTOS, Louise Silva. Faces do efeito placebo. **Revista Pesquisa Psicológica**, Alagoas, p.116-198, 2007.

SCHROEDER M. J; BARR R. E. Quantitative analysis of the electroencephalogram during cranial electrotherapy stimulation. **Clin Neuropsychol.**, n. 112, p. 2075- 2083, 2001.

SMITH, R. **Cranial electrotherapy stimulation: its first fifty years, plus three: a monograph**. Oklahoma: Tate Publishing & Enterprise, 2008.

TAN, G. *et al.* Sing cranial electrotherapy stimulation to treat pain associated with spinal cord injury. **Journal of Rehabilitation Research & Development**, 2006.

# **ABORTO ANENCEFÁLICO:**

## **Aspectos éticos e jurídicos**

Domingos Cavalcante Cardoso Linhares<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Tece-se explicações a respeito do que vem a ser o aborto anencefálico; pondera-se a respeito dos argumentos favoráveis e contrários ao assunto e discute-se acerca da viabilização jurídica desse meio abortivo, dos direitos do feto defeituoso e da necessidade de uma legislação específica que trate desse tipo de procedimento no país. Utilizando-se de uma pesquisa elaborada a partir de uma visão dialógica e transdisciplinar, embasada na análise documental e pesquisa bibliográfica pode-se chegar à conclusão de que o Brasil necessita de uma legislação específica direcionada à regulamentação do aborto anencefálico em seu território.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Aborto. Anencefalia.

**ANENCEPHALIC ABORTION:** legal and ethical aspects

### **ABSTRACT**

The following study has as its main purposes: Make explanations about what an anencephalic abortion is; weigh about the pros and cons concerning the matter; the rights of the defective fetuses and the need for specific legislation dealing with that nature of abortion in the country. By using a research elaborated on a dialogical and transdisciplinary view and based on the analysis of the collected material and written data, it was possible to reach the following conclusion: Brazil needs a specific legislation targeting the regulation of anencephalic abortion in its territory.

**Keywords:** Criminal Law. Abortion. Anencephaly.

---

1 Aluno do Curso de Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: domingoscavalcante@uol.com.br.



## 1 INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto tem como principal escopo trazer à discussão o tema ético do aborto, enfocando especificadamente o aborto anencefálico, seu impacto social na população brasileira e na legislação nacional.

O aborto anencefálico é ou não é um ato ilícito? Será que valeria a pena deixar amadurecer um feto que fatalmente irá expirar logo após sua concepção (isso se for concebido)? Será legal recusar o direito à vida a um ser, apenas pelo fato dele ser um anencéfalo? Atalhar o desprazer de uma mãe ao ver seu filho morrer logo após sua chegada ao mundo seria uma justificativa admissível para a legalização do aborto anencefálico? As mães condizem com tal decisão judicial? Pode um feto anencéfalo ser considerado um ser humano integral, já que nasce desprovido de cérebro? Não seria o mais essencial tudo asseverar a autonomia da genitora diante da decisão abortiva?

Essas e outras indagações serão abordadas no decorrer desse trabalho.

O assunto que trata sobre a ética e a tipicidade do aborto anencefálico tem sido de grande polêmica nos últimos tempos. Ao ver o padecimento de mães de fetos anencéfalos com o fato infalível de dar a luz à um bebê que expirará em breve me fez ponderar sobre a necessidade de se fazer um estudo mais direcionado acerca de tão controversa discussão. O assunto apresenta-se livre e polemicamente, por diversas áreas da cognição humana, tais como a ciência, a filosofia e a religião. Quais destas áreas estaria com o melhor ponto de vista? Esta é uma questão “quase” sem resposta conclusiva.

Mas o tema é de relevância máxima para o direito, pois, sendo o aborto considerado um ato criminoso na legislação brasileira, resta-nos analisar se no caso do feto anencéfalo, tal legislação deveria ou deve ser mesmo considerado na categoria de crime. A sociedade, munida de uma visão crítica mais amadurecida e quem sabe, mais politizada, poderá contribuir bastante na discussão, mas ainda teremos muitas oportunidades de revisão do tema, mesmo porque nos parece, que não será uma decisão definitiva; não será uma questão apenas de licitude ou ilicitude do aborto anencefálico.

Os doutrinadores, por sua vez, também dotados de uma visão ponderada acerca da realidade social frente à temática, poderão elaborar trabalhos mais esclarecedores e direcionados ao auxílio da população nacional na persecução de seus anseios. O papel da doutrina é imprescindível no que

tange à existência da legislação tal qual como a conhecemos hodiernamente. Aos órgãos jurídicos cabe o exame de novas ideias para legislação, julgando verossímil sua viabilidade ou não. A posição doutrinária, em parte, admite a exclusão da culpabilidade no caso de fetos anencéfalos, pois, nesses casos, não há dúvida de que a previsão legal deveria ser favorável ao abortamento, posto que, não seria justo subjugar a gestante ao intenso sofrimento de carregar consigo um feto sem a menor perspectiva de vida futura.

A lei também não possui matéria específica que discorra a respeito do tema. O que se dispõe é uma liminar que foi concedida pelo Supremo Tribunal Federal em 1º de julho de 2004, na qual o aborto de anencéfalos seria passível de legalização no Brasil. Com relação à jurisprudência, multiplicam-se os casos em que juízes que, baseando-se em legisladores de exceção, concedem alvarás para abortos de nascituros anencéfalos.

Saliente-se também que ocorrem casos de juízes que indeferiram os pedidos de autorização para aborto anencefálico, havendo também pedidos de **Habeas Corpus** ou **Mandado de Segurança** para cassar a autorização judicial de aborto eugênico anencefálico, dada a gritante ilegalidade e abuso de poder da parte coatora. No que tange à bibliografia, se desenvolverá um levantamento de autores diversificados, na tentativa de se contribuir na discussão do tema. Se desenvolverá ainda, uma avaliação concernente ao que vem sendo aplicado no Brasil em termos da legalização do aborto de anencéfalos, dos direitos do feto defeituoso e da necessidade de uma legislação específica a respeito do tema, assim como também sua sustentabilidade no cenário jurídico pátrio.

## 2 ABORTO ANENCEFÁLICO: ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS

A anencefalia é definida como anomalia resultante da má formação fetal congênita, assinalada como defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não ostenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Como consequência inexistem as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.

Apresentam-se apenas, no feto com anencefalia, algumas funções inferiores, que dominam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a

medula espinhal. A literatura e a experiência médica são unânimes em afirmar a total impossibilidade da vida extra-uterina do feto acometido com anencefalia. Invariavelmente, o feto atinge o óbito algumas horas após o parto, quando isso não acontece ainda no ventre materno, pondo em risco a vida da gestante (FRIGÉRIO *et al.*, 2008).

A anencefalia é revelada pela realização do exame denominado ecografia, a partir do segundo trimestre de gestação. Uma vez diagnosticada a anomalia, a medicina nada pode fazer para corrigir ou evitar o resultado fatal daquela gravidez; não existe tratamento que possa ser efetuado. Por outro lado, a equipe médica precisa acompanhar atentamente o desenrolar de todo o processo, de forma mais cuidadosa do que no caso de uma gravidez normal, pois a permanência do feto anômalo dentro do útero materno é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da mãe e até risco de vida. Na anencefalia, a morte do feto é certa e inevitável (GHERARDI; KURLAT, 2008).

Nesses casos, costuma-se designar a interrupção da gravidez como antecipação do parto, com o intuito de se diferenciar tal procedimento do aborto propriamente dito e do aborto eugênico. Segundo a doutrina penal, o aborto é descrito como a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto, como resultado direto dos meios empregados, sendo imprescindível a demonstração da relação causal. Já o aborto eugênico é a interrupção da gravidez, com fundamento em deficiência grave da qual o feto é portador. Porém, há a presunção da viabilidade da vida extra-uterina deste ser. Por certo, o mesmo não ocorre no caso do feto acometido pela anencefalia.

O Código Penal Brasileiro define o crime de aborto do art. 124 ao art. 127 (BRASIL, 1940). No art.128, estão descritas duas hipóteses excludentes de ilicitude: a primeira relaciona-se à possibilidade da interrupção da gravidez, em caso de risco iminente de morte da mãe; a segunda reconhece a possibilidade do aborto, quando a concepção for decorrente de estupro. A jurisprudência dos tribunais tem sido conflitante, assim como as decisões monocráticas de primeira instância. Frequentemente, observam-se decisões que permitem o aborto em casos de anencefalia e outras em que esse direito é negado à mãe. Infelizmente, no mesmo caso concreto, constata-se decisões antagônicas. Em determinadas situações, os casos concretos foram levados até a mais alta corte da justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF). Entretanto, devido a demora na via *crucis* trilhada pelos pais, quando

os casos chegaram ao egrégio tribunal, os processos perderam seu objeto, pois os fetos já haviam nascido e falecido poucas horas após o parto. Assim, o STF ainda não teve a oportunidade de se pronunciar sobre o tema e de pacificar a controvérsia desta questão.

Sabe-se que a gravidez é acontecimento de suma importância na vida dos seres humanos, impregnado de inúmeras questões psíquicas para os personagens diretamente envolvidos. Em realidade, experiência tão fundamental costuma ser estopim para a emergência de complexos e motivações inconscientes constituídas nos indivíduos, ao longo de suas vidas (SOIFER, 1992). Mesmo em uma gravidez normal, a mãe passa por fases carregadas de sentimentos contraditórios em relação a si mesma, ao feto e à gravidez. Isso ocorre antes mesmo da concepção, pois o novo ser já ocupa um lugar simbólico na mente da futura mãe.

Desejos, expectativas e esperanças fazem parte da construção mental referente àquele bebê. Pode-se dizer que existem duas gestações: uma uterina e outra mental. Note-se que essa construção não é composta apenas por sentimentos positivos, eis que medos, angústias e frustrações também estão presentes. Comumente, percebe-se que a grávida se depara com o medo da má formação fetal e esta possibilidade imaginária leva-a a ter sentimentos de culpa e impropriedade. Com frequência a mulher é assombrada pelo medo de não ser capaz de gerar um filho sadio.

No caso da gravidez de feto anencefálico, esses sentimentos passam de uma esfera imaginária para o plano da realidade. Nesse contexto, os sentimentos de culpa e raiva de si mesma intensificam-se de maneira devastadora. A prática clínica demonstra que, a partir do diagnóstico da anomalia, em regra, a mãe desenvolve depressão profunda. Esse quadro clínico piora pela obrigação de convivência diuturna com uma gravidez que já sabe fadada ao fracasso.

As consequências psíquicas e comportamentais em longo prazo podem levar a desestruturação do grupo familiar e da vida emocional da gestante. Não raro, a depressão profunda pode desembocar em tentativas de suicídio (MALDONATO, 1984). Considerando a gravidade do problema e suas consequências, é forçoso reconhecer que a manutenção da gravidez, após o diagnóstico de anencefalia, representa elevado risco a saúde física e, principalmente, psíquica da mãe.

### 3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS AO ABORTO ANENCEFÁLICO

Nesta seção expõem-se algumas das ideias que tecem argumentos posicionados contra o aborto anencefálico. Argumentam os opositores da antecipação do parto no caso de anencefalia, que falta a previsão legal para ser considerado esse procedimento como inserido num caso de exclusão de ilicitude. Dessa forma, a intervenção médica intencionando a interrupção da gravidez caracterizaria a conduta típica do delito de aborto. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarretaria a aplicação de pena corpórea máxima e irreparável.

Segundo tal entendimento, a legislação penal e a própria Constituição tutelam a vida como bem maior a ser preservado. Nessa perspectiva de análise, a vida constitui direito constitucional garantido – que se justapõe a todos os outros direitos (garantidos ou não pela Constituição). As hipóteses em que se admitiria atentar contra ela, tais como aborto de feto concebido em estupro, ou eminente perigo à vida da mãe, estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia. Assim definido o problema, nesses casos há de prevalecer o princípio da reserva legal, que garante que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Outro argumento utilizado é o de que o legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, art. 128 do Código Penal, o caso descrito como anencefalia. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, sem exigir do magistrado que se lhe acrescente qualquer hipótese excluída de forma propositada pelo legislador.

Conforme essa corrente, na anencefalia não estaria demonstrada a ausência de vida, mas, tão-somente, a presença de uma enfermidade. Argumento sobre o qual é falacioso se sustentar, pois todos sabem que anencefalia não é apenas uma enfermidade, e sim uma sentença de morte inevitável (ALVARENGA, 2004).

Já a corrente doutrinária que defende a possibilidade da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia argumenta que o Código Penal é uma lei ultrapassada, formulada na década de 1940 e, portanto, em muitos aspectos, em dissonância com a realidade atual. Esses analistas

acrescentam que a ciência médica evoluiu muito desde a aprovação desta lei. Em realidade, naquele período, era impossível o diagnóstico de anencefalia durante a gestação.

Partindo desse pressuposto, alegam que o legislador da época não eximiu esta anomalia propositadamente do rol das excludentes de ilicitude, posto que não pudesse prevê-la no estágio em que a medicina se encontrava à época. Eles lembram ainda que, em nossa Constituição, ao lado do direito a vida, também estão garantidos o direito a saúde, física e psíquica, o direito a liberdade e, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, elucidam que a antecipação do parto não caracterizaria o tipo penal, pois, no caso, a vida já não existe. Nesse ponto, buscam respaldo na lei que regulamentou a doação de órgãos, Lei no 9.434/97; que, no seu art. 3º, dispõe que, o transplante de órgãos só é possível após a constatação da morte, que se caracterizaria pela ausência de atividade encefálica (BRASIL, 1997). Dessa forma, se o parâmetro utilizado é a morte encefálica, o mesmo diagnóstico deveria resultar da constatação da ausência de cérebro do feto.

Por isso, entendem que a vida do feto, desde a concepção até a constatação da anencefalia, é merecedora da tutela penal. Entretanto, a partir desse momento deixa de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal.

Por fim, os defensores da antecipação do parto lembram que a excludente de ilicitude prevista no Código Penal, em caso de estupro, é uma hipótese de interrupção legal da gravidez, embora esta seja totalmente viável, logo; não e razoável que a mulher seja obrigada a manter uma gravidez fadada ao fracasso.

O tema em questão é controverso, por ser uma fatalidade que traz à tona questões morais, religiosas, éticas, além do próprio aspecto jurídico (SANEMATSU, 2004). Mas é importante ressaltar que ao se analisar os fatores concretos, tente-se afastar os preconceitos.

Por sua vez, o que deve interessar ao operador do direito é a busca da Justiça. Sem dúvida, a divergência das decisões judiciais não ajuda em nada ao apaziguamento necessário aos que sofrem. Por outro lado, a falta de garantia de ver concedida a tutela jurisdicional não melhora a imagem do Poder Judiciário junto à sociedade.

Se, por um lado, o problema poderia ser resolvido de forma simples pelo legislador contemporâneo, que conhece o avanço médico e a possibilidade do

diagnóstico de anencefalia, por outro, não se pode ficar a mercê da mora legislativa, tão comum em nosso país. Então, o Poder Judiciário não pode esquivar-se de sua responsabilidade.

Infelizmente o Supremo Tribunal Federal vergou ao peso das pressões da igreja e cassou, em 2004, a liminar concedida pelo então ministro Marco Aurélio que autorizava o aborto de fetos anencéfalos, falhando assim o Brasil completamente no quesito “separação entre Estado e igreja”, mantendo-se na sua eterna mentalidade medieval, em completa discrepância com a tendência mundial atual, que se encaminha para a descriminalização.

Ressalte-se que se faz necessária a participação da sociedade na discussão sobre o tema, pois não se pode esperar que a Justiça seja ação de poucos, mas sim, ação de todos. Embora, felizmente, a anencefalia tenha uma incidência baixa, não distingue credo, raça, cor ou classe social; ninguém pode ter certeza que não enfrentará futuramente o problema. Além disso, é importante ressaltar que, ao se fazer a justiça para um, em realidade, está se fazendo para todos.

Quaisquer ações ou liminares favoráveis ao aborto anencefálico, em verdade, estão a resguardar mulheres desprovidas de recursos financeiros, mulheres pobres, que necessitam ir a juízo, pleiteando alvará autorizador, porque vão utilizar-se dos serviços públicos de saúde. Aquelas que têm condições financeiras sabem qual clínica ou qual médico devem buscar, para a prática interruptiva da gravidez. Não seja a sociedade hipócrita, nem sejam os opositores da liminar ingênuos. Aguarda-se que, diante de todos esses fatos e em prol da liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, se manifeste o direito da gestante de obstar, sempre que assim desejar, uma gestação onde se ache um feto anencefálico, porque o Direito não é e nem pode ser estático, não é e nem pode ser contemplativo de uma realidade que passou, ignorando os avanços da ciência.

#### **4 CONCLUSÃO**

De posse dessas considerações, é possível definir uma teoria laica sobre o abortamento do feto anencéfalo no sentido de que é mais importante a integridade do ser que já está vivo, do que a do que ainda não veio à luz, ou que até já faleceu. Convém, a princípio, demarcar um paralelo sobre

a posição jurídica dos dois extremos da vida humana: o feto (aqui considerado genericamente do ovo até antes do nascimento) e o defunto. O feto e o morto não gozam de dignidade da pessoa humana (já que pessoas humanas não são), entretanto, usufruem de uma dignidade relativa. O feto pelo que ele pode vir a ser e o cadáver pelo que foi.

O Estado não criminalizou o aborto em homenagem ao direito à vida, mas para proteger a dignidade relativa do feto, ou seja, a sua potencialidade de adquirir direito à vida e se transformar numa pessoa humana com sua concepção. Em sentido inverso, de acordo com o Art. 212 do Código Penal, a vilipendiação de cadáver também é crime, mas isso não condiz com a proteção da sua dignidade *a posteriori*.

Entretanto, quando o direito à vida (aborto anencefálico) ou à dignidade (aborto sentimental) da gestante está em risco, o abortamento é admitido. A vilipendiação de cadáver, por sua vez, desde que para fins científicos ou educacionais, é permitido. Pela aplicação do princípio da proporcionalidade e pela análise dos bens jurídicos em conflito, é fácil perceber o acerto da legislação. É que o que pode ser (o feto) ou o que foi (o defunto) jamais podem predominar sobre o que é (a pessoa humana). A parturiente e o estudioso da medicina possuem direito à vida e dignidade da pessoa humana em suas formas plenas. O feto e o defunto não.

Utilizando-se dessas observações, pôde-se chegar à atual conclusão desse trabalho sobre o abortamento voluntário quando se tratar de feto portador da anomalia genética denominada anencefalia. O feto anencéfalo pode ser considerado portador de morte neocortical (*high brain criterion*), já que não possui a parte da estrutura cerebral responsável pela existência da consciência e que implicam na cognição, na percepção, na comunicação, na afetividade. Estas, como se sabe, são as características definidoras da pessoa humana. Muito embora em alguns poucos casos a vida extra-uterina seja possível – por um curto período e dependendo do suporte tecnológico disponível – jamais o feto anencéfalo se tornará uma pessoa humana. Se não existe viabilidade de vida humana, não há que se falar em dignidade sequer relativa.

Por outro lado, se o crime de aborto possui por objetividade jurídica resguardar a dignidade relativa do feto, a potencialidade de vida humana, e o portador da anencefalia não possuem essa potencialidade, é de se concluir que, no

caso do abortamento do feto anencéfalo, não existe lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Não havendo lesividade, não há crime: é fato atípico.

Mesmo em se apreciando o feto anencéfalo como portador de algum tipo de dignidade relativa, deve-se ponderar que a continuação de uma gravidez inviável não pode ser imposta à gestante, esta portadora de uma dignidade plena, em comparação a um feto sem qualquer possibilidade de se tornar uma pessoa humana. Para chegar a esta conclusão, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, considera-se a ausência de consciência do feto anencéfalo – o fato de não haver possibilidade de padecimento no abortamento – e a extrema dor psicológica da gestante confrontada com um diagnóstico de anencefalia.

Assim, continuar a criminalizar o abortamento no caso de anencefalia por motivos puramente religiosos é inadmissível em um Estado laico. Com a autorização, cada um pode agir de acordo com suas crenças. Com a criminalização, a fé de alguns é imposta a todos, constituindo tratamento desumano e inadmissível tortura psicológica.

Concluindo, não restam dúvidas de que o abortamento do feto anencéfalo não é crime, sendo caso de atipicidade da conduta pela ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal aborto. Faz-se urgente que o Brasil, situado no contexto de Estado laico e moderno, afine-se à tendência mundial no que tange ao aborto aqui abordado, afim de que muito dos sofrimentos hoje presenciados por algumas gestantes portadoras desses fetos, seja evitada.

## 5 REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Dílio Procópio Drummond de. Anencefalia e aborto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 324, 27 maio 2004.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.434 de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **D.O.U.**, Brasília, 5 fev.1997.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin *et al.* **Aspectos bioéticos e jurídicos do aborto seletivo no Brasil**. Disponível em: <[http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos\\_bioetico\\_juridico\\_abortamento\\_seletivo.htm](http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioetico_juridico_abortamento_seletivo.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2008.

GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. **Anencefalia e interrupción del embarazo: análisis *médico y* bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente**. Disponível em: <<http://www.la-lectura.com/ensayo/ens-19.htm>>. Acesso em: 27 maio 2008.

MALDONATO, Tereza. **Psicologia da gravidez e do parto**. São Paulo: Saraiva, 1984.

SANEMATSU, Marisa. **Interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal**: a cobertura da imprensa sobre a liminar do STF e suas repercussões. 2004. Disponível em: <[http://www.ipas.org.br/arquivos/10anos/marisa\\_liminarstf2004.doc](http://www.ipas.org.br/arquivos/10anos/marisa_liminarstf2004.doc)>. Acesso em: 12 set. 2005.

SOIFER, Raquel. **Psicologia da gravidez, parto e puerpério**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

# INTERROGATÓRIO ATRAVÉS DE MEIOS ELETRONICOS DE COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL: Uma nova ferramenta a disposição do judiciário visando a celeridade processual

João Pereira Torres<sup>1</sup>

Kenya Jihany Maia Correia<sup>2</sup>

## RESUMO

Discute-se a videoconferência no direito processual penal brasileiro como mais um exemplo da tendência judiciária de modernização eletrônica no intuito de facilitar e acelerar o processo criminal. Aponta-se sua existência em projetos apresentados no Congresso Nacional e na legislação estadual de São Paulo e sua legalidade através da Lei n. 11.900 de janeiro de 2009 que a formalizou. Discute-se os diferentes argumentos, favoráveis e contrários, oferecidos pelos doutrinados que indagam acerca da constitucionalidade da lei federal em voga, pondo-se também dúvidas acerca de sua viabilização em algumas regiões brasileiras diante da realidade penitenciária do país.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal – Videoconferência. Interrogatório *online*. Tele- interrogatório judicial.

**QUESTIONING THROUGH ELECTRONICS DEVICES OF AUDIOVISUAL COMMUNICATION:**  
A new tool available for the judiciary power to become a faster processual procedure

## ABSTRACT

Videoconference appeared in Brazilian penal procedural law as another example of the law tendencies towards electronic modernization in order to make the criminal process easier and faster. Although already present in projects shown at the National Congress and in the legislation of the state of São Paulo, it was only in January 2009, through law n. 11.900/09, its introduction in the Brazilian laws was formalized. Different arguments, though, either for or against it, have been offered by masters about this subject. So, it is being discussed about the constitutionality of the federal law now in fashion. Also, doubts about making it viable in some Brazilian regions considering the reality of the country are arousing.

**Keywords:** Videoconference. Questioning. Pro and against critical.

---

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN e pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal (UNI-RN). E-mail: joaotorres@oi.com.br

2 Advogada, formada pela UERN e pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal (UNI-RN).



## 1 INTRODUÇÃO

O interrogatório<sup>3</sup> do réu é um dos atos mais importantes, senão o mais importante do processo penal. Oliveira (2009, p. 351) sustenta que “configura efetivamente direito do acusado, inserido na ampla defesa, resultando a nulidade absoluta do processo quando negada essa oportunidade ao réu”. A ideia de ato primordial é tão concreta que não é de se espantar que qualquer mudança em sua forma possa aflorar diversos debates, como é o caso do objeto de nosso estudo, qual seja: a videoconferência como meio de interrogatório do réu.

Impende destacar que o interrogatório tem algumas características bastante interessantes e que devem ser observadas para que não se cometa erros. Feitoza (2009, p. 742) diz que (a) “é um ato processual personalíssimo (somente o réu pode ser interrogado), contraditável, oral e realizável a qualquer momento antes do trânsito em julgado da sentença”. O que isso quer dizer? Ninguém poderá substituir a presença do acusado no interrogatório, ou seja, nem o defensor; no caso do acusado; (b) é ato privativo do juiz, somente este pode presidir o interrogatório e fazer perguntas diretamente ao acusado. Caso seja necessário o defensor ou acusador fazer alguma pergunta àquele, deverá ser feita através do magistrado. Nesse sentido pode-se observar o julgado a seguir:

‘EMENTA – PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL – INTERROGATORIO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR – NULIDADE DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. CPP, ARTS. 185, 187, 394, 563 E 566 – a jurisprudência pretoriana e a doutrina nacional, de modo uníssono, consagram o entendimento de que **o interrogatório do réu é um ato pessoal do magistrado processante, que não comporta intervenção nem do ministério público, nem do advogado do réu** (CPP, art. 187) – embora seja o interrogatório judicial meio de defesa e fonte de prova, não está ele sujeito ao princípio do contraditório (STF, HC 68.929-SP, rel. min. Celso de Mello, DF de 28/8/92), não constituindo nulidade a ausência do defensor do réu, à míngua de obrigatoriedade de sua intimação,

3 Conjunto de perguntas articuladas, feitas verbalmente pelo juiz ao acusado e por este respondidas, para se obterem novos elementos de prova, sua identidade, e peculiaridades do fato ilícito a ele imputado.

conforme inteligência do art. 394, do CPP (STJ, RS 1.280-0-MG, rel. min. Adhemar Maciel, in ementário 7/289). – em tema de nulidade no processo penal, e dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (CPP, arts. 563 e 566). – Recurso Especial conhecido e provido’ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1996, grifo nosso).

(c) É ato público, via de regra, no qual qualquer pessoa pode assistir, pois, tem como finalidade precípua comprovar que as declarações do réu foram espontaneamente, sem a utilização de qualquer meio coercitivo ou ilegal. Porém, existem situações previstas em lei<sup>4</sup> que podem fazer com que a publicidade não seja absoluta; (d) Oral, isso significa que alguns fatores podem influenciar o magistrado na sua decisão, logo, o tom de voz, os gestos e a forma como o acusado se comporta diante do julgador ao responder às perguntas, são às vezes determinantes.

O item acima é, inclusive, um dos alvos de críticas dos que não concordam com o tele-interrogatório, pois, segundo eles, não há como o juiz observar detalhadamente as expressões faciais e comportamento do acusado. Levando-se em consideração que a simples exposição a uma câmera filmadora já deixa algumas pessoas em situação desconfortável. Daí, como avaliar se o nervosismo é pela câmera ou pela situação em si.

## **2 NATUREZA JURIDICA DO INTERROGATÓRIO: PROVA, DEFESA OU AMBAS?**

Uma grande discussão gira em torno do interrogatório no que tange à sua natureza jurídica. Pois, uns defendem a tese de que a o interrogatório é meio de prova, outros assentam que é meio de defesa, e há uma terceira corrente que vê o ato como de natureza dúplice, ou seja, meio de prova e de defesa, concomitantemente.

---

<sup>4</sup> CPP, Art. 792, § 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes (BRASIL, 1941).

Corroborando com a ideia do interrogatório como meio de prova podemos citar as palavras dos respeitados doutrinadores Hélio Tornaghi e Júlio Fabrini Mirabete que assim prelecionam, respectivamente:

O interrogatório, pois, na lei em vigor, é meio de prova. Fato de ser assim não significa que o réu não possa valer-se dele para se defender. Pode, ele é excelente oportunidade para fazer alegações defensivas [...] o objetivo do interrogatório é provar, a favor ou contra, embora dele possa aproveitar-se o acusado para defender-se (TORNAGHI, 1997, p. 359).

[...] mesmo quando o acusado se defende no interrogatório, não deixa de apresentar ao julgador elementos que podem ser utilizados na apuração da verdade, seja pelo confronto com as provas existentes, seja por circunstâncias e particularidades das próprias informações restadas (MIRABETE, 1997, p. 265).

De forma diversa aos posicionamentos acima expostos, e como anunciamos em linhas anteriores, há aqueles que entendem ser o interrogatório meio de defesa, pois, valendo-se o acusado do princípio constitucional em seu favor, a saber, o da não auto-incriminação. Com base neste princípio, o réu não está obrigado a produzir provas em seu desfavor, imperando, inclusive, o direito ao silêncio, direito também tutela pela Constituição Federal de 1988 onde se lê que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL. Constituição, 1988), bem como, fazer alegações que julgue necessária a exculpá-lo.

Nesta esteira de entendimento pondera Rosa (1982, p. 296) que faz a seguinte afirmação:

O interrogatório tem, pois, o caráter de meio de defesa; mediante ele pode o acusado expor antecedentes que justifiquem ou atenuem o crime, opor exceções contra as testemunhas e indicar fatos ou provas que estabeleçam sua inocência. Então ele é o próprio advogado de si mesmo, é a natureza que pugna pela conservação de sua liberdade e vida, que fala perante juízes que observam seus gestos e emoções.

E ainda, nessa mesma linha de pensamento encontra-se o posicionamento do respeitado Fernando da Costa Tourinho Filho, quando afirma que o direito ao silêncio consagrado na Lei Magna fez com que o interrogatório deixasse de ser prova passando, doravante, a ser defesa.

Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica, fosse o interrogatório, também, meio de prova. E, como tal, era e é considerado. Meditando sobre o assunto principalmente agora que a Constituição, no artigo 5º, LXIII, reconheceu o direito do silêncio, chegamos à conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa.

Embora o juiz possa formular perguntas que lhe parecerem oportunas e úteis, transformando o ato numa oportunidade para a obtenção de provas, o certo é que a Constituição de 1988 consagrou o direito ao silêncio (TOURINHO FILHO, 2009, p. 240).

Entretanto, impende afirmar que ainda existe a terceira corrente doutrinária que entende ser o interrogatório de natureza dúplice, ora como meio de prova, ora como meio de defesa. É nessa corrente que se encontra Feitoza (2009, p. 742) ao abordar o tema da seguinte forma:

A natureza jurídica do interrogatório é dúplice: meio de prova e meio de defesa. Para a lei, é meio de prova, pois está inserido no capítulo que trata da prova. Para a doutrina e para a jurisprudência, é meio de defesa.

Se fosse apenas meio de defesa, o juiz iniciaria o interrogatório e deixaria que o réu fizesse a exposição que desejasse. Como meio de prova o juiz deve conduzir as perguntas e a narrativa do réu, segundo os critérios do art. 188 do CPP. Tendo em vista a sua dupla natureza, o juiz faz as perguntas estabelecidas em lei e outras que entender cabíveis, mas o réu tem a oportunidade de apresentar suas alegações, independentemente de perguntas judiciais.

Nesse combate doutrinário, surgiram importantes críticas, principalmente na que colocou em dúvida sua constitucionalidade uma vez que a referida lei dispõe especificamente sobre o meio para realização

do interrogatório do réu, um ato processual de extrema significância que comporta um direito fundamental do acusado, tendo em vista sua ligação direta com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. No entanto, superada a primeira fase sobre o que venha a ser, de fato, o interrogatório, se prova, defesa ou ambos, passa-se a analisar os aspectos legais em torno do instituto quanto ao seu procedimento na legislação processual penal vigente a partir das recentes alterações, sobretudo, com o advento da Lei n. 11.900/09 que trouxe significativa mudança procedimental para o interrogatório.

Cuida-se, pois, a videoconferência de tecnologia criada para facilitar a comunicação entre as pessoas, obtendo grande avanço após a era digital. Seu ingresso no Poder Judiciário ocorreu diante de uma tentativa de modernizar e viabilizar o andamento processual. No entanto, a tentativa de fornecer celeridade ao judiciário também eclodiu em uma verdadeira guerra doutrinária entre aqueles que acreditam na utilização deste sistema para realizar o interrogatório do réu e aqueles que são terminantemente contrários por ferir a Constituição Federal de 1988.

É nessa esfera de dúvidas que o presente artigo pretende analisar as críticas doutrinárias a esse método de interrogatório. Para tanto, primeiramente, faz-se mister deixar assente uma noção do que seja a videoconferência e do processo pelo qual passou até culminar na lei n. 11.900, de 08 de janeiro de 2009.

O Direito brasileiro ingressou na era da informatização. Tornou-se comum a utilização da tecnologia para fornecer maior celeridade ao Poder Judiciário. Basta observar o processo cível que vem admitindo todo tipo de modernização eletrônica. Portanto, não é surpresa que essa nova era tenha alcançado o Processo Criminal, tornando-se foco de incansáveis debates, principalmente, após a criação da lei n. 11.900/09, que prevê a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, denominado também de teleinterrogatório, interrogatório *on line*, teleaudiência e interrogatório virtual (BRASIL, 2009).

Como veremos a seguir, o surgimento dessa lei possui fundamento expresso no princípio da celeridade e da economia dos atos processuais, conforme disposto no artigo 1º da lei citada. Senão vejamos:

Art. 1º. Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais (BRASIL, 2009).

Com efeito, o método apresenta-se como alternativa para impulsionar a eficiência do Poder Judiciário. No entanto, juntamente com essa tentativa de combater a morosidade do sistema, nasce a dúvida quanto à constitucionalidade e a viabilidade dessa inovação tecnológica no tocante ao interrogatório do réu.

Paulo Rangel ao explicar o seu funcionamento informa que “[...] o preso permanece no presídio, e o juiz, sem se deslocar da sala de audiências do fórum, o interroga por monitor, através de um sistema de software próprio” (RANGEL, 2009, p. 521).

Como se nota, a sessão de teleconferência é realizada em tempo real, dentro do presídio, em um local próprio para esta finalidade e que esteja devidamente equipada com tecnologia de comunicação audiovisual. É uma inovação procedimental interessante não apenas pelo seu caráter moderno de busca pelo melhoramento do Judiciário, mas, principalmente, pelas inúmeras discussões que já rendeu frutos entre doutrinadores e nos tribunais de todo o país.

Há correntes que incentivam o interrogatório *online* e há correntes terminantemente contrárias e que repudiam este método. Entretanto, é importante destacar que essa celeuma em torno do interrogatório *online* não teve origem com a entrada em vigor da lei supracitada.

O Projeto de Lei n. 1.233, de 1999, do então deputado Luiz Antonio Fleury, dentre outras, propunha a criação do parágrafo único para o artigo 185 do Código de Processo penal que teria a seguinte redação:

Art. 185...

Parágrafo único: Se o acusado estiver preso, **o interrogatório e audiência poderão ser feitos à distancia, por meio telemático que forneça som e imagem ao vivo**, bem como um canal reservado de comunicação entre o réu e seu defensor ou curador (BRASIL. Câmara dos Deputados, 1999, grifo nosso).

Portanto, gerava-se aí o embrião do hoje conhecido interrogatório pelo sistema de videoconferência.

Posteriormente foi editada a MP nº 28/02, rejeitada por ato da câmara dos deputados em 24/04/2002, que no seu artigo 6º, autorizava o uso de equipamentos que permitiam o interrogatório e a inquirição do preso, pelo juiz, com a finalidade de dispensar o transporte daquele no trajeto presídio-forum-presídio. *In verbis*:

Art. 6º O estabelecimento penitenciário ou prisional poderá ter instalações e equipamentos que permitam o interrogatório e a inquirição de presidiários pela autoridade judiciária, bem como a prática de outros atos processuais, de modo a dispensar o transporte dos presos para fora do local de cumprimento de pena (BRASIL, 2002).

A Lei 11.819/05 do Estado de São Paulo, disciplinando matéria processual penal trazia no seu artigo 1º a seguinte redação: “Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias” (SÃO PAULO, 2005). Em relação a essa lei o STF, não entrando no mérito da questão, se pronunciou em outubro de 2008, no HC 90900 (BRASIL. STF, 2008) julgando-a inconstitucional pelo fato de a matéria não ser de competência dos Estados, mas privativamente da União nos termos do artigo 22, I, da Carta Magna, como segue:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (BRASIL. Constituição, 1988, grifo nosso).

Mas, ao que tudo indica, o poder legiferante brasileiro ansiava por uma lei que desse mais agilidade ao processo penal, e, para tanto, diante do pronunciamento da suprema corte tratou de criar a lei federal n. 11.900/09 com o intuito de legalizar o procedimento já utilizado pelo Estado de São Paulo desde 2005.

Os princípios fazem parte da estrutura da Constituição Federal e são vetores primordiais para concretização desse ordenamento jurídico. Concebidos como alicerces, transformaram-se em vertentes normativas, repletos de imperatividade, coercitividade e eficácia imediata e plena. Como normas supremas,

devem ser respeitadas pelas leis infraconstitucionais. É diante desse fato que os doutrinadores se posicionam contrários à adoção da videoconferência. Segundo esta visão, o aparato tecnológico afronta os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade e do juiz natural, todos explícitos nos incisos do artigo 5º da Carta Magna de 1988.

Alguns também entendem que o ingresso desse método no ordenamento jurídico não tem qualquer relação processual e, sim, de segurança pública, devendo ser, portanto, obrigação da Administração Pública. Dentre os que defendem essa tese está Paulo Rangel. Para ele o teleinterrogatório está em desacordo com o devido processo legal, ferindo os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural e da publicidade.

O interrogatório por videoconferência é medida de caráter excepcional e nada tem a ver com o processo em si, mas sim com a questão de segurança pública. Se o transporte do preso é dispendioso para o Estado e exige maior cautela dos agentes públicos isso não é questão processual a justificar a alteração das regras de processo que garante o direito de defesa, mas sim administrativa ligada à política de segurança pública do Estado não justificando adoção de medida extrema de videoconferência que afronta o devido processo legal e seus corolários princípios (ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural) (RANGEL, 2009, p. 563).

É certo que olhando apenas pelo prisma do oferecimento de risco à população, pode-se facilmente até vislumbrar, de forma remota, a supressão dos direitos individuais, patrimônio maior do apenado que se encontra segregado numa prisão e que, na saída para o fórum já seria um momento de vivenciar momentos menos hostis. No entanto, olhando por outro ângulo, existe também a possibilidade de não ser mencionada apenas a segurança pública, mas segurança do próprio preso. É inegável que existem situações em que o preso estará mais seguro no ambiente prisional do que transitando entre este e o fórum. De mais a mais, de acordo com a leitura que se faz do artigo 185, § 1º, do CPP<sup>5</sup>, a regra é que o juiz deverá se deslocar até o local

5 "Art. 185 [...] § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato" (BRASIL, 1941).

onde o preso está, e não o contrário. Dessa forma, o preso estará exercendo o seu direito constitucional de estar frente a frente com o julgado como diz o artigo 399, § 1º, do CPP, como segue “O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação” (BRASIL, 1941).

Em contrapartida, os defensores acreditam que a novidade tecnológica vem ao encontro do anseio da população que vê no interrogatório *on line* um avanço mais que necessário no auxílio da desburocratização para a eliminação dos óbices no andamento dos processos criminais. Como fundamento, expõe que a lei federal se preocupou com os direitos do acusado na substância e na essência.

Entretanto, destaca-se que para que a justiça seja feita (se é que existe justiça), nunca poderá haver concordância quando um ganha e outro perde. O que se tem que observar é se o que está posto atende o maior número de pessoas possíveis, pois, se isto acontece não se deve deixar que muitos tenham perdas enquanto outros poucos tenham ganho. Dessa forma foi que Kelsen (2001, p. 2) assimilou a ideia de justiça.

É evidente que não pode haver uma ordem justa, isto é, o que proporcione a felicidade de todos, se entendermos por felicidade, conforme o sentido original da palavra, o sentimento subjetivo que cada um compreende de si mesmo. E inevitável, então, que a felicidade de um entre em conflito com a felicidade de outro.

Ocorre que o mecanismo da teleconferência como meio de interrogatório do réu preso trata-se de um avanço significativo cujos direitos individuais foram amplamente protegidos na legislação federal de 08 de janeiro de 2009 uma vez que preserva as garantias processuais.

Nesse sistema, o réu pode se defender amplamente, tendo, inclusive, o direito de se comunicar reservadamente com seu advogado, e contrariar todas as provas existentes contra si. O ato é realizado totalmente perante o juiz natural, não havendo qualquer confusão quanto à identidade física do mesmo. De igual modo, os advogados participam ativamente, tendo o preso direito a dois defensores, um no presídio e outro no fórum. Ademais, a participação de todos (acusação, defesa e juiz) é em tempo real, sendo a tecnologia utilizada apenas como instrumento para dirimir a distância, não

afetando o réu, fato que demonstra toda a preocupação do legislador em manter os direitos individuais trazidos pela Carta Magna pátrio.

O fato é que não se consegue agradar a todos através de uma lei. Sempre haverá pessoas que a acharão injusta. Pois, de certa forma contraria interesses quer seja da maioria ou da minoria, e é nessa dialética que o ordenamento jurídico caminha embasado na lei maior de cada país como a “norma hipotética fundamental” expressada por Kelsen, e, corroborando com a ideia de obediência às leis do país temos o ensinamento de Bobbio (1995) como segue:

[...] dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce. Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais, etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro.

Portanto, cabe à sociedade vislumbrar no espírito da Lei 11.900/09 que trata do tele-interrogatório (BRASIL, 2009) como sendo um avanço no sistema jurídico brasileiro que segue em direção à modernização do seu aparato jurisdicional com a finalidade de prestar aos seus jurisdicionados maior agilidade no sistema processual penal há muito desacreditado. Não esquecendo as palavras de Ihering (2004) dizendo que “o fim do direito é a paz... A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais e dos indivíduos”.

O interrogatório *online* deverá, portanto, ser encarado uma demonstração de celeridade, eficiência e eficácia estatal para minimização

de custos, proteção da sociedade, que hoje se sente aprisionada diante da violência dominante, e, acima de tudo, proteção para o réu que não precisará se deslocar até o fórum e ao magistrado que poderá, como lei a diz, excepcionalmente, ouvir o acusado sem perda de tempo, assim contribuindo diretamente na produtividade.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória n. 28, de 04 de fevereiro de 2002**. Amplia o poder dos diretores de presídios e prevê o agravamento das sanções disciplinares de condenados que vierem a ser culpados por infrações ao regime prisional a que estão sujeitos. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/medidas\\_provisorias/mp-000028-000-04-02-2002.htm](http://www.dji.com.br/medidas_provisorias/mp-000028-000-04-02-2002.htm)>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 1233/1999. Modifica a redação dos arts. 6º, 10, 16, 23, 28, 185, 195, 366 e 414 do Código de Processo Penal. Altera os critérios para realização do inquérito policial e possibilita o interrogatório e audiência à distância, por meio telemático, através de um canal reservado de comunicação entre o réu e seu defensor ou curador. **Autor do projeto: Luiz Antonio Fleury – PTB/SP. Apresentação:** 17 jun. 1999. Situação: Arquivada.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil.**

Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão RIP: 00013258.** Decisão: 04-12-1995. Proc: REesp num: 0062515. Ano: 95. UF: SP. Turma: 06 – recurso especial - publicação – DJ data:11/03/1996 p. 06673. Min.Vicente Leal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 90900 SP.** Partes: DANILO RICARDO TORCZYNNOWSKI, Relator do HC n. 57.853 do Superior Tribunal de Justiça. Relator (A): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 30/10/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00747.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal:** teoria, crítica e práxis. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?:** a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Borges da. **Comentários ao código de processo penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SÃO PAULO (Estado). **Lei n. 11.819 de 05 de janeiro de 2005**. Dispõe sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiências de presos à distância. Disponível em: audiências de presos à distância. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/dg280202.nsf/ae9f9e0701e533aa032572e6006cf5fd/40457e9b645385df03256f8d006723ab?OpenDocument>>.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.





# **ENSAIO POÉTICO**

CINCO POEMAS  
DE HENRIQUE  
CASTRICIANO DE  
SOUZA



## Melancolia

Vendo-lhe os olhos úmidos de pranto  
Sinto vontade de chorar... Mas rio  
Porque o sorriso é qual um grande manto  
Onde escondemos nossos desvarios...

Como é sincera minha dor! No entanto  
Ela própria, talvez, o choro frio  
Queira esconder de mim, tendo o sombrio  
Véu da saudade no seu rosto santo.

Sol benfazejo! Diz-lhe tu, amigo,  
Fecundador dos campos e do trigo  
O que não posso nem contar a Deus...

Doira-lhe os cílios cheios de bondade  
Mas, brandamente, ó sol! Por piedade  
Ai! não magoes os tristes olhos seus!

Ano Bom

Ano bom! Ano bom! Passam lá fora  
Moças a rir; passam crianças, rindo  
Enquanto, dentro de minh'alma chora  
A mágoa, as asas trêmulas abrindo.

O dia surge vaporoso, lindo  
– Misto de luz e treva que descora...  
E eu digo ao mar: o dia vem surgindo...  
Vamos contar-lhe a dor que nos devora?

Morreu no céu a derradeira estrela  
Por mim chamando, mas não pude vê-la  
Pois a noite da febre é muito escura.

Basta que saiba (sofrimento insano!)  
Que enquanto sobe o sol do novo ano  
Eu vou descendo para a sepultura.

## **Almas tristes**

Eu como as tristes almas dolorosas  
Que profunda amargura há devorado?  
O campo, pelo fogo calcinado,  
De vinhas cheio e de fragrantes rosas.

Longe de mim, risadas buliçosas!  
Longe de mim, o Riso envenenado!  
Eu sempre amei a Dor, Riso sagrado  
De puríssimas lágrimas formosas.

Tudo o que é grande é triste, nobre e forte,  
Da História, o livro os lúcidos profetas,  
Os abismos templos seculares.

O Amor é triste, como é triste a Morte  
E o coração de todos os poetas  
E os soluçantes, dilatados mares.....

## Febre

Por toda a parte rosas brancas vejo..  
Rosas na fímbria loira dos altares,  
Coroadas de amor e de desejo....  
Rosas no céu e rosas nos pomares.

Uma roseira o mês de maio, aos pares  
Surgem, da brisa tremulante arpejo,  
Estrelas que recordam sobre os mares  
Rosas envoltas num cerúleo beijo.

E quando rosa, em cujo nome chora  
Esta febre cruel que me devora  
De si me fala em gargalhadas francas,

Muda-se em rosa a flor de meus martírios,  
O som de sua voz, a luz dos círios...  
O próprio azul desfaz-se em rosas brancas.

## **A laranjeira**

Dá, Natureza, que eu possa  
Voltar a novos amores.  
A minha vida remoça,  
Quando Branca estiver moça...  
Dá-me flores, dá-me flores.





## **RESENHA**



ÁSPERO SILÊNCIO é uma amostra poética, certamente a mais antológica dos muitos poemas que o poeta **Carlos Jales** tem publicado em livros, revistas, jornais e suplementos literários, sem falar na farta coletânea de seus poemas inéditos, que ainda maturam, num silêncio inquieto, à espera de publicação.

Eu diria que nesta obra **Carlos Jales** nos traz uma poesia da intemporalidade, de uma dialética de conflitos. Mas se sob o tecido de seu dizer poético está latente um áspero, às vezes lancinante silêncio: *“a poesia escorrega pelas réstias, do tempo a poesia dói”*, também, ao longo de suas páginas, eclode uma infinidade de evocações, pois o autor recria, em seus poemas, o encantamento de um cotidiano e de um mundo de coisas de sua convivência: *“As coisas que existem no mundo são nossos irmãos. A caneta com que escrevo este poema, a cadeira em que sento, a sacola na qual coloco a comida que me mantém vivo, este par de sapatos que sustenta meu fatigado corpo, a pobre vassoura que limpa o mundo e depois repousa, esquecida, e os livros que me cercam, e o raio de lua que adormece meus olhos, compartilham da minha vida?”*.

É por isso que seus críticos literários não resistem à comoção diante de sua poesia tão bela, tão pura, tão autêntica:

- A jornalista e poeta CARMEN VASCONCELOS, ao elencar as poéticas imagens feitas de palavras por Carlos Jales, como: *Os ventos pastorando nuvens os dias irremediáveis o enverdecer dos sonhos, o levantar as pálpebras do tempo; o sabor do néctar das madrugadas...*, reconhece que *“Carlos reconstrói as palavras do correr da vida, filtrando delas o significado de que mais precisamos, o seu sentido que mais nos toca”*;
- **CELSO JAPIASSU**, diante do conteúdo desta obra, fica emocionado com a alta qualidade do *fazer poético* do autor, diante da precisão com que ele mergulha na essência da poesia, desvelando seus sentidos ocultos;
- **HILDEBRANDO BARBOSA FILHO** se deslumbra e encanta com as transparências luminosas que modulam os ângulos essenciais da poesia de **Carlos Jales**, que nos fazem pensar e sentir os desvelamentos da *espessura do silêncio, os círculos*

*da paz, as luzes do tempo, o mistério dos mares, os enigmas do amor e os relevos do silêncio;*

- **JOÃO BATISTA DE BRITO** vê nos poemas deste livro um retrato de seu autor, pois o **eu poético** da obra, tenso e sofrido na sua perplexidade, em sua indignação e em seu deslumbramento, é, como sua criação poética, igual a si mesmo, expressão profunda de sabedoria, sinceridade, delicadeza, beleza, poesia;

- Para **SÉRGIO DE CASTRO PINTO**, em **ÁSPERO SILÊNCIO**, **Carlos Jales** selecionou poemas orgânicos, viscerais, frutos de uma vivência amadurecida na reflexão e no tratamento da linguagem, mas, sobretudo, retrato de si mesmo, com suas dúvidas, angústias, sentimentos, evocações, lembranças, sonhos, esperanças, alegrias;

- Para **CLÁUDIO JOSÉ LOPES RODRIGUES**, o amigo de convívio no trabalho e no lazer, na academia e na mesa de bar, de tal forma familiarizado com a intelectualidade, o eruditismo e a fina ironia de Carlos, **ÁSPERO SILÊNCIO**, em sua poesia intimista, que aliás, ele muito estimou; no registro sentido, condoído, de tantas vivências, o parecer de **CLÁUDIO** é uma espécie de lamento por esse seu amigo, um pobre poeta sofredor...

Em minha análise crítica, **ÁSPERO SILÊNCIO** se revelou, para mim, uma obra poética de rara beleza, um convite aos leitores para conhecer, apreciar e sentir a poesia autêntica, essencial, uma poética elaborada com perfeição, palavra, ritmo e sentimento na mais harmoniosa proporção, como pode ser constatado na rara beleza que transcende do poema **Retrato de Homem**: *“O homem não cabe no seu peito e nem no seu sonho. Não cabe nem mesmo na sua solidão. Em nenhuma parte do mundo o homem cabe. Porque seus pés têm jeito de raízes, mas seus olhos lembram a cada instante as asas de um pássaro”*.

Do pondo de vista discursivo, a obra desenvolve-se em torno de um expressivo e significativo grupo de **núcleos de referência**, em torno dos quais é construída a tessitura dos poemas, e que correspondem aos grandes temas enunciados no título de cada uma de suas poesias, com predominância significativa do próprio título da obra: **ÁSPERO SILÊNCIO**.

A leitura da obra encontra, em cada poema, os seus próprios referentes. Ao longo das páginas, poesia e metafísica se entrelaçam, mas a coerência filosófica que emana de seus versos é essencialmente poética.

Estamos em contacto com a grande poesia, em sua autenticidade onde, como nas grandes obras, estão presentes dois elementos essenciais: a verdade filosófica e a invenção, ou criação poética. Mas estes dois elementos, em ÁSPERO SILÊNCIO, se manifestam dialeticamente. O logos se movimenta entre suas antíteses, para firmar-se numa síntese vital restauradora. Só a construção poética de carácter dialético pode apresentar elementos contraditórios sem que eles se autoeliminem, como se evidencia no poema: *“Agora que não escuto mais as vozes de outrora me mostrando caminhos. Agora que lilases murcham, ao olhar paciente dos jardineiros. Agora que os relâmpagos não iluminam mais minha lucidez, Agora que as tardes dispersas ficam surdas à música dos realejos, Agora que do cio do chão não brotam mais palavras e lágrimas, Agora que as ancas do tempo nos apontam os dias de ira. Agora que os homens se perdem entre rochas e vegetais, um barco clandestino me espera e me leva entre promessas e ventanias, aos arredores de um mar subjugado”*.

A arte poética é um termo que foi cunhado por **Aristóteles**, retomado, muito posteriormente, pelo poeta latino **Horácio**. Ambos invocam, na construção poética, uma arte com componentes estéticos que expressem beleza e harmonia, uma arte que lembre e se aproxime da perfeição. São esses elementos da arte poética que consagraram os autores das maiores expressões poéticas como os grandes clássicos da poesia universal.

Familiarizado com as grandes expressões da poesia de **Homero** a **Virgílio**, de **Virgílio** a **Dante**, de **Dante** a **Camões**, de **Camões** a **Pessoa**, sempre me emociono com a poesia que ostenta elevado nível de qualidade artística. Este livro que me permitiu entrar em contacto com uma poética da mais elevada expressão artística, os leitores têm, agora, oportunidade de conhecer e sentir, na leitura de seus poemas.

A poética de **Carlos Jales** expressa em ÁSPERO SILÊNCIO, é um retrato dessa incessante busca da perfeição. Seu verso tem um profundo sentido rítmico, cujo efeito opera uma reconstrução da linguagem poética. Estamos diante de uma poesia que assume um desvelar da beleza em cada situação, pois o poeta possui o segredo de saber fazer a descoberta do imperceptível ao sentir a alma das coisas, e sua poesia, pelo encantamento do mundo, consegue deletar a realidade mesquinha dos *insidiosos dias* de que nos fala o poeta, transformando-se sua poesia em anúncio de grandeza.

Mas eu não quero avançar mais do que isso no campo do universo poético latente em **ÁSPERO SILÊNCIO**, pois as características da arte poética de **Carlos Alberto Jales** podem ser identificadas e conhecidas, e constituir uma descoberta pessoal de cada um de seus leitores: basta entrar em contacto com a pluralidade dos aspectos que fazem de **ÁSPERO SILÊNCIO** uma obra poética de altíssima qualidade.

Os que já conhecem o **Carlos Alberto Jales** como professor, como filósofo, como educador, como antropólogo, como sociólogo, não percam, agora, a oportunidade de fazer a descoberta do **Carlos Alberto Jales** poeta, ou melhor, de conhecer o **EU poético** do autor.

Tenho certeza que em contacto com **ÁSPERO SILÊNCIO**, os leitores vão penetrar num universo de magia, beleza e encantamento; universo cujas portas estão abertas a todos aqueles que são movidos pela busca da autêntica poesia. Vão, pois, ao encontro desse universo. Trata-se de uma joia rara verdadeiramente destinada a privilegiados leitores.

Natal, 17 de agosto de 2012



**COLABORAM  
NESTE NÚMERO**



**Aline Silva de Cunha Costa.** Fisioterapeuta Graduada pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

**Ana Mônica Medeiros Ferreira.** Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Rua Prefeita Eliane Barros, 2000, Tirol – Natal/RN, Brasil – CEP: 59.014-54.  
E-mail: anamonica@farn.br.

**Anderson Gustavo Lins de Oliveira Cruz.** Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Rua Prefeita Eliane Barros, 2000, Tirol – Natal/RN, Brasil – CEP: 59.014-54.  
E-mail: revistaunirn@unirn.edu.br.

**Carlos Thompson Costa Fernandes.** Orientador. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Mestre em Direito Constitucional. Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. Rua Prefeita Eliane Barros, 2000, Tirol – Natal/RN, Brasil – CEP: 59.014-54.

**Charles de Macedo Phelan.** Advogado. Professor. Pós Graduando em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Escritor e Cronista com publicações nacionais e internacionais. Rua Prefeita Eliane Barros, 2000, Tirol – Natal/RN, Brasil – CEP: 59.014-54.  
E-mail: charles.phelan@hotmail.com.

**Clara Fernandes Paiva Campos.** Acadêmica do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Rua Prefeita Eliane Barros, 2000, Tirol – Natal/RN, Brasil – CEP: 59.014-54.  
E-mail: revistaunirn@unirn.edu.br.

**Daladier Pessoa Cunha Lima.** Médico. Reitor do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Ex-reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Doenças Infecciosas e Tropicais. Universidade de São Paulo/USP e em Administração Universitária. Universidade de Quebec-Montreal – UQAM. Canadá/Conselho de Reito-

res das Universidades Brasileiras – CRUB. Endereço: Rua Desembargador Adauto Maia, 1505, Lagoa Nova – Natal/RN, Brasil – CEP 59.054-480.  
E-mail: revistaunirn@unirn.edu.br.

**Domingos Cavalcante Cardoso Linhares.** Aluno do Curso de Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

E-mail: domingoscavalcante@uol.com.br.

**Emanuel Dhayan Bezerra de Almeida.** Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos – RS). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Endereços: Av. Nascimento de Castro, 1640, Aptº. 801, Bloco B, Lagoa Nova – Natal/RN, Brasil – CEP: 59056-450; Rua Amaro Mesquita, 43 “A”, Morro Branco – Natal-RN, Brasil; Rua Lauro Pinto, 155, Lagoa Nova – Natal-RN, Brasil – CEP: 59064-972; Rua Paula Antunes, 17, Alecrim – Natal/RN, Brasil – CEP: 59031-240; Rua Sueli Luna Menelau, 116, Imbiribeira – Recife-PE, Brasil.  
E-mail: edadvocacia@ig.com.br.

**Giovanna Martins Wanderley.** Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Rua Prefeita Eliane Barros, 2000, Tirol – Natal/RN, Brasil – CEP: 59.014-54.  
Email: giovannawanderley85@hotmail.com.

**Humberto Lima de Lucena Filho.** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Pesquisador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, nº 36 – PRH/ANP/MCT/UFRN. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Potiguar – UnP. Mestrando em Direito Constitucional pela UFRN. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Rua da Gameleira, 2139, Cidade Satélite – Natal/RN, Brasil – CEP: 59067-710.  
E-mail: betolucena@yahoo.com.br.

**Ivanaldo Bezerra Ferreira dos Santos.** Juiz de Direito, Doutorando Universidade de Salamanca – Espanha, Professor Universitário. Rua Prefeita Eliane Barros, 2000, Tirol – Natal/RN, Brasil – CEP: 59.014-54.

**João Pereira Torres.** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN e pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal (UNI-RN). E-mail: joaotorres@oi.com.br.

**José Pires.** Professor do Departamento de Letras da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, Lagoa Nova – Natal/RN, Brasil. E-mail: revistaunirn@unirn.edu.br

**Kenya Jihany Maia Correia.** Advogada, formada pela UERN e pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal (UNI-RN).

**Oscar Ariel Ronzio.** Lic. em Terapia Física. Prof. Titular Universidad Maimónides, Universidad Favaloro, Universidad del Salvador y Universidad Morón, Buenos Aires, Argentina. E-mail: oronzio@gmail.com.

**Patrícia Froes Meyer.** Doutora em Ciências da Saúde pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Docente do Curso de Fisioterapia do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: patricia.froesmeyer@gmail.com.

**Raísa Gabriella Costa de Souza.** Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Rua Prefeita Eliane Barros, 2000, Tirol – Natal/RN, Brasil – CEP: 59.014-54. E-mail: gabicostasouza@gmail.com.

**Renally Marques Lucas de Araújo.** Fisioterapeuta Graduada pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

**Rodrigo Marcel Valentim da Silva.** Mestrando em Fisioterapia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: marcelvalentim@hotmail.com.

**Santiago Gabriel Hounie.** Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Delegado da Polícia Federal. Especialista pela ES-MAPE. Especialista em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Rua Prefeita Eliane Barros, 2000, Tirol – Natal/RN, Brasil – CEP: 59.014-54.  
E-mail: santiago.sgh@dpf.gov.br.



# **NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS**



## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS CIENTÍFICOS NA REVISTA UNI-RN

**1 A REVISTA UNI-RN** do Centro Universitário do Rio Grande do Norte é uma publicação semestral que se destina à divulgação de trabalhos de natureza acadêmica relacionados à visão transdisciplinar de estudos, abrangendo as áreas de **CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS, CIÊNCIAS DA SAÚDE E CIÊNCIAS TECNOLÓGICAS E EXATAS**. Nossos principais colaboradores são o corpo docente e discente do UNI-RN e pessoas especialmente convidadas, mas também aceitamos artigos pelo fluxo contínuo. Os trabalhos enviados para publicação devem ser originais e serão avaliados pelos membros do Conselho Editorial, ou especialistas *ad-hoc*, indicados pelos conselheiros, a fim de que possam colaborar nas avaliações, sempre com imparcialidade e independência, estimulando a produção científica do maior número possível de artigos científicos da instituição. No caso do aluno, seu trabalho deverá sempre vir acompanhado do parecer de um professor do UNI-RN, que deve figurar como orientador ou co-autor. A **REVISTA UNI-RN** tem seu registro de número internacional normalizado para publicações seriadas (International Standard Serial Number – ISSN) na versão impressa: ISSN 1677-2261 e na versão eletrônica ISSN: xxxx-xxxx. Endereço: [www.revistaunirn.inf.br](http://www.revistaunirn.inf.br).

**2** Os tipos de artigos a serem publicados podem ser classificados como artigo científico original, artigo de revisão, ensaio, *paper*, estudo de caso ou relatos de experiência (atividades de extensão; experiência de estudo, de um caso), relatório técnico e memorial acadêmico. Aqueles que se caracterizam como estudo de caso para ensino, ensaio poético, entrevistas, resenha, resumo e nota prévia, embora não sejam artigos científicos, podem vir a complementar outras seções da revista. Todos os trabalhos devem ser inéditos, não implicando remuneração, publicação ou devolução. A publicação implica a cessão integral dos direitos autorais ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Os textos, sob forma de artigos científicos, devem conter no mínimo **20 (vinte)** e no máximo **30 (trinta)** laudas, incluindo as REFERÊNCIAS e deverão ser normalizados conforme prescrito nas normas escolhidas para apresentação de artigos em publicação periódica científica e serem enviados ao Conselho Editorial por via eletrônica, seguindo as instruções expressas no endereço: [www.revistaunirn.inf.br](http://www.revistaunirn.inf.br)

### 3 APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS

**3.1 Na folha de rosto** o artigo deverá trazer o título, seguido de nota de rodapé com data da aprovação no Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) quando se aplicar e autoria identificada: nome(s) do(s) autor(es), cargo principal e endereço eletrônico. Anexo ao artigo, uma breve nota biográfica (máximo 500 caracteres), incluindo instituição a que pertence, endereço completo, titulação e atividade profissional de cada autor. Deve constar, ainda, um resumo do assunto abordado com 600 caracteres, seguido de palavras-chave, *abstract* e *keywords*.

**3.2 O editor do texto** é o Word 2010 ou superior; Corel Draw para imagens (gráficos, tabelas, ilustrações) que devem ser enviadas em arquivos independentes, no formato “tif” ou “eps”, no padrão “cmyk”, com resolução mínima de 300 dpi. Gráficos, figuras e fotos devem vir em preto e branco e/ou em tons de cinza.

**3.3 Fonte:** *Times New Roman*, tamanho **12**, para o título, subtítulo e texto; **11** para citações, ilustrações (tabelas, figuras, etc.) e **9** para nota de rodapé. Alinhamento: justificado. Referências: alinhar à esquerda. Margens: Superior: **3cm**, Inferior: **2cm**, Esquerda: **3cm**, Direita: **2cm**. Espaçamento: **1,5** entre linhas e parágrafos; espaço simples entre citações, tabelas, figuras ou ilustrações (gráficos, fotos, gravuras, esquemas). Os títulos das subseções devem ser separados do texto que os procede e que os sucede por um espaço entre as linhas de 1,5. Títulos que ocupem mais de uma linha devem ser, a partir da segunda linha, alinhados abaixo da primeira letra da primeira palavra do título.

**3.4 As citações** diretas com até 3 (três) linhas deverão ser transcritas dentro do texto entre aspas duplas; citações diretas com mais de 3 (três) linhas devem aparecer em parágrafo com recuo de 4 cm da margem esquerda e fonte 11, sem aspas e espaço simples entre linhas.

### 4 NORMALIZAÇÃO DOS ARTIGOS

Os trabalhos deverão ser normalizados de acordo com as Normas Brasileiras (NBR) vigentes, e editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), American Psychological Association (APA) ou no estilo do Grupo de Vancouver.

NBR 6022 – Apresentação de artigos em publicação periódica científica impressa;  
NBR 6023 – Referências – Elaboração;  
NBR 6024 – Numeração progressiva das seções de um documento escrito;  
NBR 6028 – Apresentação de Resumos;  
NBR 10520 – Apresentação de citações em documentos.  
NBR 10719 – Apresentação de Relatórios Técnico-científicos  
NBR 14724 – Trabalhos acadêmicos.

## 5 NATUREZA E TIPOS DE ARTIGOS A SEREM PUBLICADOS

O artigo científico é “parte de uma publicação com autoria declarada, que apresenta e discute ideias, métodos, técnicas, processos e resultados nas diversas áreas do conhecimento” (NBR 6022). Cada autor, ao submeter um artigo para publicação na REVISTA UNI-RN deverá indicar no resumo, sempre que possível, em que categoria de publicação deverá classificar-se o mesmo, tendo como parâmetro a natureza do trabalho, conforme especificado adiante.

**5.1 Artigo Científico Original ou Memória Científica Original** – “Parte de uma publicação que apresenta temas ou abordagens originais” (NBR 6022). O artigo enquadra-se nesta categoria quando amplia o conhecimento sobre um determinado assunto e quando está redigido de maneira tal que um investigador competente, suficientemente especializado no mesmo ramo da ciência, possa basear-se, exclusivamente, nas indicações que figuram neste texto para: 1) Reproduzir as experiências obtendo resultados iguais ou inferiores ao limite superior indicado pelo autor; 2) Verificar a exatidão das análises e deduções que permitam ao autor chegar às suas conclusões; 3) Repetir as observações e julgar as conclusões do autor.

**5.2 Artigo de Revisão, Revisão de Conjunto ou Atualização** – “Parte de uma publicação que **resume**, analisa e discute informações já publicadas” (NBR 6022). Um estudo de revisão de conjunto é uma forma de trabalho sobre um determinado tema onde se reúnem, analisam e discutem informações já divulgadas. Na elaboração deste tipo de estudo deve-se analisar e discutir os trabalhos anteriores sobre o assunto que o fizeram evoluir

ou que o fariam, se tivessem tido uma melhor análise e avaliação. Os estudos de conjuntos (*surveys*) recolhem “dados de um número relativamente grande de casos em um momento dado [...] e requer planejamento e análise cuidadosa, interpretação clara dos dados e posição habilidosa e lógica dos resultados” (SALOMON, Dêlcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.160).

**5.3 Ensaio** – O ensaio é um “estudo bem desenvolvido, formal, discursivo e concludente, consistindo em exposição lógica e reflexiva e em argumentação rigorosa com alto nível de interpretação e julgamento pessoal. No ensaio há maior liberdade por parte do autor, no sentido de defender determinada posição sem que tenha que se apoiar no rigoroso e objetivo aparato de documentação empírica e bibliográfica [...] mas não dispensa o rigor lógico e a coerência de argumentação [...] exigindo grande informação cultural e muita maturidade intelectual” (Cf. SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.152-153). Exposição de idéias críticas e reflexões acerca de um tema baseado em proposta metodológica de estudo realizado após o exame de um assunto, sobressaindo a problematização do tema, o espírito crítico do autor, e as conclusões originais a que chegou. Consiste, portanto, na defesa de um ponto de vista pessoal e subjetivo sobre tema humanístico, filosófico, político, social, cultural, moral, comportamental, literário, dentre outros, sem a formalidade da prova empírica de caráter científico, ou documental. O artigo científico em forma de ensaio caracteriza-se pela linguagem formal ou discursiva ao invés da linguagem informal coloquial do ensaio jornalístico. No aspecto formal, os textos são objetivos, metódicos e estruturados, dirigidos mais a assuntos didáticos e críticas temáticas.

**5.4 Paper** – Artigo científico curto e de natureza técnica, elaborado sobre determinado tema ou resultados de um projeto de pesquisa a partir de dados experimentais e geralmente destinados para comunicações em congressos e reuniões científicas, trabalho final de disciplinas de cursos de pós-graduação, sujeitos à aceitação por julgamento. Os propósitos de um *paper* são quase sempre os de formar um problema, estudá-lo, adequar hipóteses (questionamentos), cotejar dados, prover uma metodologia própria e, finalmente, concluir ou eventualmente recomendar.

**5.5 Estudo de Caso ou Relato de Experiência (de atividade de extensão; experiência de estudo, de um caso)** – É uma outra forma de publicação, muito comum em determinadas áreas, encontrada nos periódicos. Trata-se de um relato de experiência que descreve uma situação real, sendo que os procedimentos e técnicas para o estudo são desenvolvidos pelo autor como **estratégia de pesquisa**. As fases deste tipo de estudo compreendem: estabelecimento dos objetivos, abordagem do problema, coleta de dados (observação, amostragem), análise dos resultados e discussão dos dados significativos. É uma técnica limitada, e as descobertas não são generalizáveis, embora a situação deva ser analisada em profundidade, sendo somente aplicáveis ao caso em estudo.

**5.6 Relatório Técnico** – “Documento que relata formalmente os resultados ou progressos obtidos em investigação de pesquisa e desenvolvimento ou que descreve a situação de uma questão técnica ou científica. O relatório técnico-científico apresenta, simultaneamente, informação suficiente para um leitor qualificado, traça conclusões e faz recomendações. É estabelecido em função e sob a responsabilidade de um organismo ou de uma pessoa a quem será submetido” (NBR 10719).

**5.7 Memorial acadêmico** – O memorial acadêmico configura-se em uma retomada articulada e intencional dos dados do *currículo vitae* do estudioso. Tem uma finalidade intrínseca que é a de inserir o projeto de trabalho no projeto de vida pessoal, assim constitui-se em uma autobiografia, pautada em uma narrativa histórica, analítica, crítica, reflexiva e interpretativa, revelando a trajetória acadêmico-profissional do seu autor nos momentos de formação, atuação profissional e da produção científica, em seu contexto histórico-social, destacando os investimentos e experiências profissionais relacionando-o com a produção científica. Quando se tratar de memorial para exame de qualificação acadêmica se explicita e justifica o significado da pesquisa que culminará em uma dissertação ou tese e que está inserido em uma proposta mais ampla de vida e de trabalho científico e educacional, o que se repetirá quando for elaborado para fins de concursos de ingresso e promoção na carreira universitária, exames de seleção e concursos de livre-docência (Cf. SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho*

*científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007. Vt. SOARES, Magda. *Metamemória-memórias: travessia de uma educadora*. São Paulo: Cortez, 1991).

**6 SEÇÕES COMPLEMENTARES:** Estudo de Caso para Ensino, Ensaio Poético, Entrevista, Resenha, Resumo, Nota Prévia.

Embora não sejam artigos científicos, podem vir a complementar a estrutura da **REVISTA UNI-RN**, dando-lhe inclusive possibilidade de renovação, de exibição do novo e do atual, espaço de criatividade, de mostra de empreendedorismo.

**6.1 Estudo de Caso para Ensino** – Casos para ensino são relatos de situações, (re)construídos/escolhidos, com propósitos educacionais específicos de aprendizagem. A sequência dos passos, em sala de aula, constitui-se de apresentação do caso-problema e uso dos conceitos da área; leitura individual; discussão em pequenos grupos; discussão em plenária; apresentação pelo professor da temática e da situação. Experiência muito aceita em administração, a partir de relatos da vida organizacional das empresas. Enquanto texto acadêmico possui estrutura analítico-linear: problema, revisão da literatura, metodologia, pesquisa empírica, resultados, análise e conclusões, antecédidos dos elementos pré-textuais do tipo de documento em elaboração. (Cf. Sylvia Maria Azevedo Roesch. *Notas sobre a construção de casos para ensino*. Disponível em: <http://www.pdfqueen.com/pdf/sy/sylvia-maria-azevedo-roesch/>. Acesso em: 10 abr. 2012).

**6.2 Ensaio Poético** – Estudo de itinerário intelectual de um personagem, enfocando principalmente sua produção poética; biobibliografia resumida, seguida de um poema escolhido pelo autor que elabore seus comentários sobre uma determinada obra. Deve constar de cinco a dez laudas, observando-se as recomendações para “Apresentação dos Trabalhos” da **REVISTA UNI-RN**.

**6.3 Entrevista temática** – Realizada com especialistas de temas de interesse do UNI-RN, com o qual o autor possa contribuir com interpretações, pontos de vista e perspectivas sobre um determinado problema, evidenciar aspectos de uma determinada experiência, estudo que venha realizan-

do, período vivido, função que exerceu ou exerce e participação em determinado acontecimento, a fim de evitar a perda de um registro considerado relevante para o ensino e a cultura, em especial, do Rio Grande do Norte.

**6.4 Resenha ou Recensão** – Apresentação do conteúdo de uma obra, acompanhada de uma avaliação crítica, resumo crítico, pois permite comentários e opiniões, inclui julgamentos de valores, comparações com outras obras da mesma área ou mesmo autor e avaliação da relevância da obra com relação às outras obras do mesmo gênero. Geralmente redigido por especialistas. Quando analisa apenas uma determinada edição, entre várias, denomina-se recensão, conforme NBR (6028).

**6.5 Resumo** – Todo artigo deve ser precedido de um resumo informativo, para ajudar aos que se interessam pelo tema a decidir se devem, ou não, lê-lo por completo. O resumo é a apresentação concisa dos aspectos relevantes de um texto, devendo ser ressaltados a apresentação do tema, categoria a que pertence o trabalho, o objetivo, o método, os resultados e as conclusões do trabalho em uma seqüência corrente de frases e não em uma enumeração de tópicos. Os objetivos devem ser expostos no resumo de maneira clara, e os métodos e técnicas devem ser descritos de forma concisa, notadamente o princípio metodológico fundamental e a ordem das operações. Nos resultados devem-se precisar os valores numéricos brutos ou percentuais de uma ou várias observações, seguido das conclusões. Na redação do resumo, dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular e do verbo na voz ativa. Deve ser acompanhado das palavras-chave e de sua versão para o inglês (abstract) ou outra língua de preferência, para facilitar a divulgação internacional. Deve-se evitar expressões como “este trabalho”, “este estudo”, “a presente obra” e conter 100, 200 a 250 ou 500 palavras para os trabalhos acadêmicos, respectivamente, monografias, dissertações, teses e relatórios técnico-científico (NBR 6028). Os artigos de periódicos devem conter em sua extensão 100 a 250 palavras.

**6.6 Nota Prévia ou Publicação Provisória** – O texto é assim denominado, quando contém uma ou várias informações científicas novas, sem, contudo oferecer detalhes suficientes para que o leitor possa comprovar essas

informações indicadas anteriormente. A nota prévia se destina a garantir a prioridade do trabalho, quando o assunto for de grande interesse e de segura originalidade. Geralmente o autor de uma nota prévia se compromete a publicar depois os resultados totais do seu trabalho.

## **7 SUPLEMENTO E NÚMERO TEMÁTICO**

Os suplementos são coletâneas de textos que abordam temas específicos, relatos e anais de congressos ou diretrizes, publicados sob forma de edição complementar ou de apoio que acompanham alguns ou todos os números do periódico. No caso da **REVISTA UNI-RN**, os Suplementos podem ser disponíveis, quando houver necessidade, e indicados pelo Conselho Editorial, com acesso eletrônico no site da revista ([www.revistaunirn.inf.br](http://www.revistaunirn.inf.br)). Um dos casos a ser indicado como suplemento poderá vir a ser a publicação dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos (TCC) de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), bem como resultados de evento que houver produção especializada significativa de artigos científicos, como congressos, jornadas, colóquios, seminários, entre outros.

## **OBSERVAÇÃO IMPORTANTE**

Os conceitos e teorias emitidos em cada artigo são de inteira responsabilidade dos seus autores, bem como as traduções para outras línguas, a revisão ortográfica da língua portuguesa e a normalização individual de cada trabalho.

# Normas para publicação

# Normas para publicação

# Normas para publicação

# Normas para publicação

# Normas para publicação

# Normas para publicação

# Normas para publicação

# Normas para publicação



## **SUMÁRIO ANTERIOR**



|                            |          |
|----------------------------|----------|
| <b>EDITORIAL.....</b>      | <b>9</b> |
| Daladier Pessoa Cunha Lima |          |

|                                                                                 |           |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO DA CULTURA POPULAR NA EDUCAÇÃO FÍSICA.....</b> | <b>13</b> |
| Marcílio de Souza Vieira                                                        |           |

|                                                                                                                               |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>ANÁLISE DO FATOR DETERMINANTE NOS SERVIÇOS OFERECIDOS: Abordagem do programa de qualidade em uma empresa contábil.....</b> | <b>35</b> |
| Valdério Freire de Moraes Júnior                                                                                              |           |

|                                                            |           |
|------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>A ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ELETRICITÁRIOS.....</b> | <b>49</b> |
| Ana Carolina Santos Duarte                                 |           |
| Marcelo de Barros Dantas                                   |           |

|                                                                                                                                                                                     |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>CARACTERIZAÇÃO DO MEIO FÍSICO DA ORLA MARÍTIMA DOS MUNICÍPIOS DE BAÍA DA TRAIÇÃO E MARCAÇÃO, LITORAL NORTE DA PARAÍBA: Subsidio para o gerenciamento costeiro integrado.....</b> | <b>85</b> |
| Henrique Clementino Souza                                                                                                                                                           |           |
| Sara Amélia de Oliveira Galvão                                                                                                                                                      |           |

|                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>EMISSÁRIO SUBMARINO DE PONTA NEGRA: Uma solução para o esgotamento sanitário de Natal?.....</b> | <b>107</b> |
| Tatiana Monteiro Faria                                                                             |            |
| André Luis Calado Araújo                                                                           |            |

|                                                                                            |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>O BIODIREITO, O PRÉ-SAL BRASILEIRO E OS DIREITOS HUMANOS, SOCIAIS E AMBIENTAIS.....</b> | <b>135</b> |
| Jéssica Louise Barata Moura                                                                |            |
| Vânia de Vasconcelos Gico                                                                  |            |

|                                                                                                                        |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>O SAGRADO E O PROFANO NA RELIGIOSIDADE POPULAR: A festa do Bom Jesus dos Navegantes na cidade de Touros/RN.....</b> | <b>169</b> |
| Bianor Francisco de Lima Júnior                                                                                        |            |

## **ESTUDO DE CASO**

|                                                                                                         |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>CUSTOS DA QUALIDADE: Uma ferramenta de gestão para instituições de ensino superior privadas.....</b> | <b>195</b> |
| Fernanda Cristina Barbosa Pereira Queiroz                                                               |            |
| Jamerson Viegas Queiroz                                                                                 |            |
| Hélio Roberto Hékis                                                                                     |            |

## **ENSAIO POÉTICO**

**HENRIQUE CASTRICIANO DE SOUZA:** Uma contribuição à educação da mulher potiguar.....225  
Cosme Ferreira Marques Neto

**COLABORAM NESTE NÚMERO**.....265

**NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS**.....271

**NORMS FOR THE PUBLICATION OF ARTICLES**.....277

**SUMÁRIO ANTERIOR**.....285



*Capa* Cartão Duplex 250g/m<sup>2</sup>  
*Miolo* Polen Bold 90g/m<sup>2</sup>  
*Fonte* Segoe UI  
*Projeto Gráfico* Terceirize Editora  
*Impressão* Halley Gráfica e Editora SA  
*Tiragem* 500 exemplares  
Impresso em Fevereiro de 2012



## **EDITORIAL**

Daladier Pessoa Cunha Lima

### **A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO**

**CONTEMPORÂNEO:** O direito à informação versus o direito à privacidade e à honra

Clara Fernandes Paiva Campos

Carlos Thompson Costa Fernandes.

### **A EFICÁCIA DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA NEGATIVA NA REPRESSÃO DOS CRIMES COMETIDOS CONTRA AS ÁGUAS**

Giovanna Martins Wanderley

### **A TUTELA PENAL DA ORDEM TRIBUTÁRIA E A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE MEDIANTE PAGAMENTO DO DÉBITO**

Santiago Gabriel Hounie

### **A VALORAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A PLENA EFICÁCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA:** O dever ser da execução penal e o paradoxo da utopia jurídica, corolário da ineficácia estatal

Charles de Macedo Phelan

Ivanaldo Bezerra Ferreira dos Santos

### **AS PERSPECTIVAS DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:** Dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade

Anderson Gustavo Lins de Oliveira Cruz

Emanuel Dhayan

### **O AMOR ATRÁS DAS GRADES:** Um estudo sócio-jurídico sobre a maternidade nas prisões

Raísa Gabriella Costa de Souza

Ana Mônica Medeiros Ferreira

### **A ATUAÇÃO DO CRANIAL ELECTROTHERAPY STIMULATION (CES) EM PACIENTES DE PÓS-OPERATÓRIO DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA**

Rodrigo Marcel Valentim da Silva

Renally Marques Lucas de Araújo

Aline Silva de Cunha Costa

Patrícia Froes Meyer

Oscar Ariel Ronzio

### **ABORTO ANENCEFÁLICO:** Aspectos éticos e jurídicos

Domingos Cavalcante Cardoso Linhares

### **INTERROGATÓRIO ATRAVÉS DE MEIOS ELETRÔNICOS DE COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL:** Uma nova ferramenta a disposição do judiciário visando a celeridade processual

João Pereira Torres

Kenya Jihany Maia Correia

### **ENSAIO POÉTICO**

Cinco Poemas de Henrique Castriciano de Souza

### **RESENHA**

JALÉS, Carlos Alberto. Áspero silêncio. João Pessoa: Ideia, 2012. 178 p.

José Pires

### **COLABORAM NESTE NÚMERO**

### **NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS**

### **NORMS FOR THE PUBLICATION OF ARTICLES**

### **SUMÁRIO ANTERIOR**



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**EDUCAÇÃO EM NÍVEL SUPERIOR**

Rua Prefeita Eliane Barros, 2000 - Tirol - Natal/RNCEP 59.014-540

Tel.: (84) 3211-8688 / 3215-2917 / 3215-2918

Site: <http://www.unirn.edu.br/> - E-mail: [revistaunirn@unirn.edu.br](mailto:revistaunirn@unirn.edu.br)