SUMÁRIO

DÉBORA SEVERO
PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS SOBRE O ENCARCERAMENTO FEMININO
Professora orientadora Dra. Any Ávila Assunção

CAROLINA MARCUZZO VIEIRA
ANÁLISE INDUTIVA DA POSSIBILIDADE DO POLIAMOR A PARTIR DA PERCEPÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS
Professor orientador Me. Antônio Roger Pereira de Aguiar

DAVID TIECHER SANTA BÁRBARA
AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.846/2013: LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL
Professor orientador Dr. Guilherme Carvalho e Sousa

MÁRCIA MARIA DE OLIVEIRA ASSUNÇÃO FARIAS
UMA DISCUSSÃO ACERCA DO RESULTADO DETERMINISTA DAS PESQUISAS DA NEUROCIÊNCIA SOBRE A LIBERDADE HUMANA FRENTEÀ CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL
Professor orientador Dr. José Rossini Campos do Couto Corrêa

MOISÉS ESMERALDO NOGUEIRA
RELAÇÕES DE CONSUMO E OS DIREITOS DA CRIANÇA
Professor orientador Dr. Arnaldo Sampaio de Morais Godoy

VITOR SOUZA BORGES
HISTÓRIA DA VIOLÊNCIA NAS PRISÕES SEGUNDO MICHEL FOUCAULT
Professor orientador Me. Miguel Ivân Mendonça Carneiro

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE BRASÍLIA
INSTITUTO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE BRASÍLIA

DÉBORA SEVERO

PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS SOBRE O ENCARCERAMENTO FEMININO

Brasília- DF
2015

DÉBORA SEVERO

PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS SOBRE O ENCARCERAMENTO FEMININO

Monografia apresentada ao curso de graduação do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. Drª. Any Ávila Assunção

Brasília- DF

AGRADECIMENTOS

O longo percurso de construção deste trabalho não teria sido trilhado sem a colaboração, incentivo e o carinho de familiares e amigos, que me estimularam para que eu buscasse minha vitória.

Em primeiro lugar agradeço a Deus, fonte de vida e libertação, que me embebeda todos os dias no seu amor e me faz acreditar num mundo mais justo, mais humano e mais fraterno, crença essa que me mantém em pé todos os dias da minha vida. Sem Ele, não estaria aqui.

Aos meus pais, que mais do que me proporcionaram uma boa infância e vida acadêmica, formaram os fundamentos do meu caráter. Ao meu pai, Sérgio, que apesar de nossas divergências, sempre me deu forças para continuar. À minha mãe, Genir, minha principal referência feminina, por estar comigo em todos os momentos, incentivando-me com suas palavras doces e suas orações tão cheias de fé e certeza. Obrigada por serem a minha referência e por estarem sempre presentes em minha vida.

À minha irmã, Bárbara, que sempre acreditou em mim mais do que eu. Foi imitando você desde pequena que conheci a literatura, o gosto pelas artes e muitas outras coisas interessantes que me levaram ao mundo acadêmico.

Ao meu amor, Eduardo, por tudo que vivemos juntos nesse período de dedicação à conclusão do curso. Agradeço a compreensão e as palavras de incentivo nos momentos mais difíceis. O carinho, a dedicação e a colaboração para o meu desenvolvimento intelectual, que dentre suas possibilidades me fez enxergar um mundo novo. À você, a minha gratidão com muito amor, mesmo ciente de que quaisquer que sejam as palavras, jamais conseguirão expressar toda a minha admiração por ti.

À Profa. Dra. Any, pela paixão à profissão docente, que acreditou no meu projeto e me acolheu desde o princípio. Agradeço-lhe pelos nossos momentos que ultrapassaram a vida acadêmica e se aproximaram ao calor humano da amizade. De um aperto de mão, se desenrolou num abraço acadêmico-profissional-familiar. Obrigada por ter colaborado através de sua leitura criteriosa e sensível, para que o desenvolvimento deste estudo proporcionasse um cuidadoso trato das questões relacionadas às vivências das mulheres encarceradas.

Às minhas irmãs de coração, Bárbara Estrela e Renata, que são grande parte da minha fonte de forças nesta longa trajetória, permanecendo sempre presentes na partilha de minhas conquistas e frustrações. Agradeço pela força, pelas viagens, incentivos e conselhos que sem dúvida foram e serão imprescindíveis para minha vida pessoal e profissional.

Agradeço à Danielle, Juliano, Emanuel, Willams, e Fabiane. Vocês são pessoas que fizeram parte diretamente desta minha jornada, compartilharam comigo dias alegres e tristes. Tornaram a convivência muito prazerosa, com muitas risadas, histórias, aprendizagem, farra e companheirismo. Em especial gostaria de agradecer ao Romantiezer, por tudo que fez por mim, me ajudando nos momentos difíceis, sendo muito atencioso, por ter contribuído significativamente com minha formação pessoal e profissional, pela atenção e paciência. Você

estará sempre no meu coração.

Nesta hora de encerramento de uma etapa muito especial, em que a alegria por estar terminando se junta ao cansaço, torna-se difícil lembrar-me de todos os amigos e colegas que participaram comigo dessa jornada, mas de uma maneira muito sincera, agradeço a todos que de uma forma ou de outra colaboraram para a realização dessa monografia.

Meus sinceros agradecimentos!

EPÍGRAFE

“ Todos somos iguais perante a lei, mas não perante os encarregados de fazê-las cumprir.” (Stanislaw Jerzy Lec)

LISTA DE SIGLAS

ONU - Organização das Nações Unidas
LEP - Lei de execução penal
CPI - Comissão Parlamentar de inquérito
HIV - Vírus da imunodeficiência humana
ECA - Estatuto da criança e do adolescente

RESUMO

O presente trabalho enfrenta a problemática do poder punitivo sobre o feminino visto sob uma ótica de gênero. Busca-se analisar como ocorre o processo de punição e exclusão da mulher dentro do cárcere, para a partir daí estudar o discurso e os elementos de controle do sistema penal que recaem sobre o gênero feminino. Para entender os impactos do direito/ciência na estrutura social, ao reproduzir práticas androcêntricas, importante é analisar o papel da mulher na sociedade. A partir desse pressuposto, inicia-se o estudo do discurso moderno, elemento essencial para que se reproduzam essas desigualdades, e do direito penal, ao selecionar aquelas mulheres que farão parte da clientela penal, legitimando sua ação por meio do processo de etiquetamento e da marginalização da massa delinquente. O patriarcalismo das instituições reflete na punição do feminino, principalmente pela transgressão das expectativas que a sociedade deposita no espaço destinado às mulheres. O cárcere é a concretização da ordem masculina do direito penal, quando a mulher entra no sistema penitenciário, ela deve se esquecer de sua identidade anterior (perda do *self*) e aprender a ser o feminino que a sociedade, patriarcal e androcêntrica, espera dela.

PALAVRAS-CHAVE : Prisão. Mulher. Gênero. Poder Punitivo. Sistema Penitenciário Feminino. Maternidade.

ABSTRACT

This work addresses the problem of punitive power over the female seen in a gender perspective. The aim is to analyze how is the process of punishment and exclusion of women inside the prison, from there to study the speech and the penal system control elements passed on to the female gender. To understand the impact of law / science in social structure, play androcentric practices, important to analyze the role of women in society. From this assumption, it begins the study of modern discourse, which is essential to reproduce these inequalities, and criminal law, to select those women who will be part of criminal clientele, legitimizing their actions through the labeling process and marginalization Offenders mass. The patriarchal institutions reflected in the female punishment, particularly by breaking the expectations that society puts in the space for women. The prison is the realization of male order of criminal law, when a woman enters the prison system, it must forget your former identity (self loss) and learn to be feminine society, patriarchal and androcentric, waiting for her.

KEYWORDS: Prison. Women. Gender . Punitive power. Female Penitentiary System .Motherhood.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....1
CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DAS PENALIZAÇÕES NO ESPAÇO E NO TEMPO.....4
1.1 Pena: dos suplícios do corpo aos suplícios da alma.....5
1.2 História do encarceramento feminino.....8
CAPÍTULO 2 A MULHER NO CÁRCERE.....12
2.1 As penitenciárias no brasil: o retrato do caos.....14
2.1.1 O presídio feminino e sua infraestrutura: a questão do atendimento às necessidades de 'higienização' das presas.....16
2.1.2 Quanto à superlotação nos presídios femininos.....17
2.1.3 As mulheres presas e a saúde.....22
2.2 A invisibilidade da mulher encarcerada na perspectiva das relações sociais de gênero.....23
2.3 Cárcere, instituição total de negação do femininoe a perda do 'self'.....27
CAPÍTULO 3 DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO PRISIONAL FEMININO: A MATERNIDADE E A VISITA ÍNTIMA.....31
3.1 Direitos humanos e a ineficácia da lei.....31
3.2 Maternidade dentro do cárcere.....35
3.3 Visita íntima.....39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....45
SITÍOS ELETRÔNICOS VISITADOS.....47

INTRODUÇÃO

A presente monografia busca fazer uma análise do poder punitivo sobre a mulher, enfrentando a problemática de controle do sistema penal que recai sobre o gênero feminino. Para tanto, a monografia está dividida em três capítulos. Estes, estão organizados de forma a construir um pensamento a partir da história da pena, onde faz-se uma análise da inserção da mulher frente ao sistema punitivo. Com isso, no primeiro capítulo, mostra-se um breve panorama sobre o surgimento da prisão feminina, com o intuito de compreender o processo sócio-histórico que envolve as mulheres em situação de prisão.

O segundo capítulo almeja demonstrar o atual cenário em que vive as mulheres encarceradas no Brasil, identificando se existe práticas sexistas e androcêntricas nos presídios femininos. Para isso faz-se necessário explanar as dificuldades encontradas dentro da prisão, já que as políticas públicas ficam em segundo plano quando o encarcerado em questão é a mulher, uma vez que a maioria dos crimes é praticado por homens. O referido capítulo apresenta também discussões sobre a identidade e gênero nos espaços prisionais, e como se estabelecem as estigmatizações rotineiras presentes no cárcere (e pós cárcere).

Por fim, o terceiro capítulo trata, das constantes violações de direitos sofridas pelas mulheres condenadas, mais especificamente as relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos: maternidade e visita íntima. Verifica-se que a ausência de políticas públicas específicas de gênero e a invisibilização desta temática revela discriminação de gênero, reflexo da construção social e cultural do papel da mulher na sociedade, que se agrava com relação às mulheres "delinquentes", pois culturalmente parece mais reprovável que mulheres cometam crimes, como tráfico de drogas, predominantemente masculinos.

Feitas as ponderações quanto à delimitação do tema, pode-se dizer que o objetivo principal do trabalho é analisar se o sistema penal, pretensamente neutro, pune a mulher da mesma maneira que pune o homem. Quando é utilizado a expressão punir da mesma forma, deseja-se na verdade analisar se as motivações para a punição são as mesmas e se o cárcere, forma máxima do modo de punir moderno, é visto da mesma forma entre homens e mulheres.

Com isso, visa instigar uma pergunta retórica, que em muito tem relação com o problema de pesquisa, ao longo do trabalho: a mulher, ao tomar visibilidade dentro do espaço público, necessitou que a sua punição saísse do âmbito privado (que sempre fora destinado a ela), no entanto, a punição levou em considerações as necessidades femininas ou simplesmente foi uma importação grosseira da punição existente no âmbito do masculino para o feminino?

A investigação do problema se justifica na medida em que se pune sem se analisar o porquê de punir. Hoje a população carcerária feminina cresce de forma exponencial, sendo que o maior causador desse aumento está na entrada de mulheres no tráfico de entorpecentes. Como a questão da criminalidade feminina sempre esteve imersa em uma obscuridade, o Poder público nunca voltou seus olhos para o encarceramento feminino, fazendo desse um apêndice do masculino. Menos de 40% dos cárceres femininos são criados de forma a serem exclusivos para mulheres, isto é, grande parte desses presídios são mistos e muitas vezes são celas masculinas reaproveitadas. Com isso perpetra-se uma série de violações de direitos fundamentais, tais como, o problema da visita íntima, da pouca estrutura para se respeitar a maternidade no cárcere e sobretudo os direitos humanos.

Por fim, o cumprimento do objetivo buscará obter sua resposta por meio da pesquisa bibliográfica descritiva, não fazendo o trabalho a utilização de meios como pesquisa de campo e entrevistas. Assim, na persecução da resposta e no atendimento aos objetivos propostos, faz-se uso, essencialmente, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), obras de autores ligados à criminologia, sociologia e dados obtidos por várias entidades e pelo Ministério da Justiça.

A análise da legislação terá como objetivo demonstrar a discrepância entre o que está incurso na Lei de Execução Penal e a realidade vivida nas punições previstas nesse instrumento jurídico. Os dados serão úteis para demonstrar, de forma quantitativa, as violações desses direitos.

Portanto, o trabalho parte de uma hipótese sobre a diferença de tratamento existente no âmbito do poder punitivo entre homens e mulheres, entre o masculino e o feminino. Utilizando-se da história e do discurso, analisa se os critérios utilizados para punir eram iguais na legitimação da punição. A presente monografia, valendo-se do encarceramento, busca mostrar como homens e mulheres, enxergam o aprisionamento de forma diversa, isto é, tenta elucidar o porque acredita que o cárcere pode vir a representar uma violência muito maior às mulheres que aos homens.

Capítulo 1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DAS PENALIZAÇÕES NO TEMPO E NO ESPAÇO

Nesse primeiro capítulo, faz-se uma breve introdução acerca do poder punitivo ao longo da história, em razão da sua interligação com a (des)construção e (re)construção de um perfil/personalidade do indivíduo encarcerado. A intenção de tal análise é demonstrar que conforme a sociedade vai se transformando, a punição vai perdendo seu caráter sanguinário, passando dos flagelos do corpo para os flagelos da mente. Nesse processo de transformação da sociedade nota-se uma densa distinção, das conquistas, em várias dimensões, alcançadas pelos homens e pelas mulheres.

À mulher, por muito tempo, sempre coube o espaço da submissão e do silêncio. Não se pode dizer que o feminino passou pelo mesmo processo de transformação/conquistas/emancipação que o masculino, e, consequentemente, o processo de punição da mulher não tomou o mesmo rumo pelo qual o homem passou.

No mundo jurídico, especialmente quando se trata das aplicações das penas e sua execução penal, a mulher delinquente antes de romper com a norma imposta, rompia com o espaço destinado ao feminino e por esse motivo sofria dupla punição: era penalizada pelo crime em si e pelo rompimento das expectativas sociais/morais depositadas sobre o feminino.

Por esse motivo, não há como estudar a inserção da mulher frente ao poder punitivo, sem antes traçar esse percurso ao longo da história. A forma de punir que recaía sobre a mulher não analisou o mundo da mulher e as especificidades que circunscrevem o feminino.

O Estado não se preocupou em escutar os anseios das mulheres. Em que pese as recentes mudanças contextuais, como, por exemplo, a inserção da mulher no espaço público, atualmente, o poder punitivo mantém um discurso androcêntrico[1]/ patriarcal.

1.1 Pena: dos suplícios do corpo aos suplícios da alma

No século XVIII, Cesare Beccaria (2000) publicou "Dos delitos e das penas", destacando as formas de punir, os castigos impostos à quem cometia crimes e as origens do direito de punir. Para o jurista italiano a razão de punir estaria na "[...] reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade" (BECCARIA, 2000, p.18).

A construção de um ordenamento jurídico constituído por um eixo democrático, na visão de Jean-Jacques Rousseau (2001) deu legitimidade às leis, criando normas penais e suas respectivas penas. Para Beccaria (2000) a pena está vinculada à lei; este nexo/vinculação seria, para o autor, uma das consequências do contrato social. Vale dizer, somente aquelas penas previstas nas leis é que poderiam ser impostas aos condenados.

Nesse sentido, Beccaria (2000) admite que mesmo diante da obrigatoriedade da vinculação/previsão da pena na norma/lei, a penalização não deixava de ser cruel e de caráter sanguinário, pois era marcada pelas punições suplicantes com rituais de sofrimento, expondo o delinquente em praças públicas, configurando uma verdadeira barbárie.

---

[1] Por androcentrismo entende-se que é a estrutura preconceituosa que caracteriza as sociedades de organização patriarcal, pela qual a condição humana é identificada com a condição de vida do homem adulto do sexo masculino (ASSUNÇÃO, 2009).

Assim, considerando que a pena não pode ser uma crueldade contra o cidadão, Cesare Beccaria (2000) propôs que "[...] a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei" (BECCARIA, 2000, p.107).

A guilhotina, enforcamento, esquartejamento, queimaduras por ferros quentes são exemplos mais antigos da repressão penal, que com o passar do tempo deixaram de ser praticadas, dando lugar à uma punição mais branda, já que o 'teatro dos suplícios' não contribuíam para que novos crimes não fossem cometidos, e nem serviam de exemplo para intimidar o povo. Beccaria (2000) destacava que "[...] para a maioria dos que assistem à execução de um criminoso, o suplício torna-se apenas um espetáculo; alguns poucos consideram-no objeto digno de piedade misturado à indignação" (BECCARIA, 2000, p. 53).

No livro "Vigiar e Punir", Michel Foucault (2013) relata que no século XIX, "O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos" (FOUCAULT, 2013, p. 14).

Os espetáculos dos suplícios foram diminuindo para que mudasse a forma de punir para alguma penalidade que atingisse a alma, menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e 'humanidade'. Veja-se:

> Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições (FOUCAULT, 2013, p. 21).

O suplício do corpo deu lugar ao suplício da alma, a privação da liberdade tornou-se alvo das punições, onde o sofrimento agia sobre a personalidade, o intelecto e os desígnios do apenado. Com o Renascimento, ocorreu a reforma penal no mesmo século, onde se tentava resgatar a humanidade de seres humanos que cometiam delitos e eram vistos como demonizados, trazendo à tona a maneira que o Estado exercia o seu papel de punir. As penas já não eram mais vistas como objetos de represália ao acusado, mas sim uma maneira de recuperá-lo.

A privação de liberdade é considerada uma das penas mais civilizadas, pois não há o suplício do corpo, dessa forma, só atinge o bem jurídico 'liberdade'. A prisão deveria se restringir apenas a privar a liberdade do individuo, conduzindo-o para uma reflexão e transformação de um dado comportamento (visando, o que se considera, atualmente, a ressocialização).

Contudo, os impactos de tal privação da liberdade atingem outras dimensões, que no dizer de Foucault:

> [...] deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade, não a sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens (FOUCAULT, 2013, p. 14).

Desta forma, a sanção penal deixou de ser empregada como uma vingança e passou a

ser uma ferramenta de defesa da sociedade, visto que ao coibir a violação das leis punindo aquele que as descumpriu o Estado estaria então protegendo a sociedade. Além de condenar o criminoso e ressocializá-lo, a pena tem a função de evitar a reincidência e servir de exemplo para que outras pessoas não cometam o mesmo crime, prevenindo a sociedade da desordem social. Para Foucault, essa característica da pena chama-se "função exemplar do castigo" (FOUCAULT, 2013, p. 70).

A humanização da sanção penal traz a ideia de que a função da pena não é suprimir o delito, e sim converter o condenado, ressocializando-o para que seja transformado em cidadão, sujeito de direito para que possa retornar à sociedade. Dessa forma, a pena privativa de liberdade possui três funções; punir o apenado, ressocializá-lo e evitar novos crimes.

Foucault (2013) demonstra que a correção se dá por meio de processos de contenção do corpo, disciplinando-os, com a finalidade de adestrar os corpos os tornando mais dóceis. Essas 'metamorfoses' sofridas dentro do cárcere estão ligadas ao papel corretivo do castigo, cuja ressocialização do condenado possui, como objetivo precípuo, o seu retorno ao convívio em sociedade, trazendo a disciplina como uma maneira de transformação do delinquente para inseri-los novamente na sociedade. Veja-se:

> A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos 'dóceis'. A disciplina aumenta as forças dos corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência) […] a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e a dominação acentuada (FOUCAULT, 2013, p.134).

Foucault (2013) destaca ainda que a privação de liberdade é uma ferramenta fundamental de controle em uma sociedade onde a liberdade é um bem universal, para Foucault (2013) a privação de liberdade é "um castigo igualitário". (FOUCAULT, 2013, p. 196) A privação de liberdade, deveria recair somente sobre a liberdade, mas na realidade é muito mais do que isso, a prisão modifica a personalidade dos sujeitos, sobretudo pelo isolamento que a segregação produz.

1.2 História do encarceramento feminino

A gênese da prisão no Brasil está relacionada com a história da sua colonização. Segundo Soares e Ilgenfritz (2002) por duzentos anos a legislação responsável pelo sistema punitivo na colônia eram as Ordenações Filipinas[2]. O Brasil serviu de exílio para os condenados ao degredo[3] pela corte portuguesa; entre essa população de degredados havia mulheres, condenadas por serem amantes de padres, por serem 'fofoqueiras' e até mesmo por simularem/fingirem uma gestação.

Os dados sobre a história da mulher prisioneira no Brasil, em geral, são esparsos e descontínuos. De acordo com Soares e Ilgenfritz (2002), somente em 1870 o Conselho Penitenciário do Distrito Federal elaborou um relatório sobre mulheres encarceradas. Nesse documento constava que centenas de mulheres escravas passaram pelo calabouço[4], onde uma

[2] Ordenações Filipinas eram as compilações jurídicas usadas por Portugal na época em que o Brasil foi colonizado, promulgadas em 1603 pelo rei de Portugal Filipe I, tais compilações eram formadas por cinco livros, o último livro tratava inteiramente de Direito Penal (SOARES E ILGENFRITZ, 2002).
[3] Degredo era a pena consistente em afastamento compulsório de sua terra natal (SOARES E ILGENFRITZ, 2002).
[4] Calabouço era a denominação atribuída à prisão de escravos que era administrada dentro da Casa

das escravas permaneceu presa por 25 anos.

Em 1905, o relatório da Casa de Correção do Distrito Federal sugeriu melhorias nos alojamentos de mulheres presas, no sentido de que cinco 'células'[5] do antigo manicômio fossem adaptadas para encarcerar mulheres delinquentes – enquanto não fosse construído um presídio específico. Em 1924, Lemos de Brito (2002) percorreu todos os estados brasileiros visitando os presídios. Nesse período elaborou um projeto para a reforma do sistema prisional, no qual sugeriu que a União construísse um reformatório especial[6] direcionado às mulheres, destacando que o reformatório feminino não se pautasse nos moldes das unidades prisionais masculinas.

Com o surgimento do Estado Novo, a partir de 1930 a organização política brasileira foi modificada, e com isso intensificou-se os anseios para a reforma do Código Penal, do Código Processual Penal e da Lei de Contravenções. Após, em 1940 com a reforma penal, foi elaborado um projeto de criação da Penitenciária Agro-Industrial, da Penitenciária de Mulheres e do Sanatório Penal.

De acordo com Soares e Ilgenfritz (2002), Lemos de Brito salientava a imprescindibilidade de separar homens de mulheres colocando-as bem distante dos presídios masculinos, para evitar uma alegada 'influência perniciosa' que elas poderiam causar aos homens. Importante destacar as inferições aduzidas por Lemos de Brito: "É que a presença das mulheres exacerba o sentimento genésico dos sentenciados, aumentando-lhes o martírio da forçada abstinência" (LEMOS DE BRITO *apud* SOARES E ILGENFRITZ, 2002).

Por conta dos argumentos de Lemos de Brito acreditava-se que a criação de presídios femininos destinava-se precipuamente a garantir a ordem e tranquilidade nos presídios masculinos, do que, efetivamente, propiciar dignidade ao cárcere compartilhado por mulheres e homens. Ao ser criado o presídio feminino, surgiu à preocupação em estipular normas que transformassem as mulheres consideradas 'meretrizes' e 'perniciosas' em mulheres obedientes, 'beatas'[7], voltadas ao lar, aos cuidados com os filhos, cuja sexualidade era destinada tão somente para a procriação e satisfação do marido.

O presídio era administrado por freiras que ficavam responsáveis por cuidar da moral, dos bons costumes e vigiar a sexualidade, subordinando/ 'domesticando'/'adocicando' as mulheres presas. Porém, esse projeto de 'domesticação'/sujeição/subordinação não superou as expectativas do Estado e em 1955 a Penitenciária de Mulheres começou a ser administrada pela Penitenciária Central, pois as Freiras não conseguiram conter a indisciplina e não possuíam conhecimentos necessários para controlar 2.200 mulheres que estavam em um local planejado para 60 mulheres (OLIVEIRA, 2008).

Em 1966, a Penitenciária Feminina recebeu o nome de 'Instituto Penal Talavera Bruce' com capacidade para receber até 330 mulheres. Foi a primeira prisão feminina do Brasil.

---

de Correção da Corte, em 1869 (ESPINOZA, 2004).

[5] Células eram pequenos cômodos/quartos (que não eram, efetivamente, uma 'cela') que não possuíam camas ou qualquer outra mobília, e, tão pouco, banheiros (ESPINOZA, 2004).

[6] Tais reformatórios eram conventos administrados pelas Irmãs do 'Bom Pastor'; o regulamento do reformatório aplicado pelas freiras só davam duas opções para as mulheres que delinquiam: ou se tornariam aptas para o convívio familiar e social, ou seriam preparadas para a vida religiosa, caso fossem idosas ou solteiras sem vocação para o casamento (ESPINOZA, 2004).

[7] Beatas são aquelas mulheres demasiadamente voltadas às práticas religiosas (DICIONÁRIO *ON LINE*, 2015).

Portanto, desde a reforma penal de 1940, somente após 26 anos é que foi construído um espaço destinado às mulheres condenadas e presas no Brasil.

O movimento feminista trouxe mudanças significativas nos estudos sobre a criminalidade feminina a partir dos anos 60. Esse movimento propiciou lutas contra o sexismo e inferiorização do feminino. Em 1970, começaram as especulações sobre os fatores biológicos, Cesare Lombroso buscava o motivo de um delinquente cometer um crime em sua genética, seu estudo ficou conhecido como 'criminoso-nato'. Lombroso observava as características físicas dos criminosos e tentava justificar tal crime com base em sua genética, a dissimetria corporal, sobrancelhas cerradas, dentes molares proeminentes, maxilar inferior, todos esses traços caracterizavam um criminoso (LOMBROSO *apud* COSTA, 2011).

Posteriormente, Lombroso (*apud* COSTA, 2011) reconheceu que nem todos os delinquentes se encaixavam nas características apontadas e mesmo assim continuou a justificar causas biológicas para o crime, acreditava também que as mulheres são biologicamente diferentes e por esse motivo cometiam menos crimes. Em seu estudo conhecido como 'A mulher criminosa' analisou a criminalidade feminina partindo da questão biológica. A explicação para as estatísticas criminais femininas serem menores do que a masculina seria de que a mulher evoluiu menos do que os homens, sendo passiva e conservadora devido à imobilidade do óvulo comparada à imobilidade do espermatozoide[8] (LOMBROSO *apud* COSTA, 2011).

A teoria Lombrosiana na criminologia é amplamente criticada por ser fundada na falsa premissa de que os comportamentos femininos e masculinos seriam determinados biologicamente, sem levar em conta os fatos culturais e comportamentais da sociedade.

A partir desse contexto histórico, torna-se possível adentrar nas reflexões acerca da criminalização feminina visando compreender como o sistema punitivo exerce seu controle sobre a mulher. A sociedade patriarcal e a supremacia masculina interpretam a inserção da mulher na esfera punitiva de uma forma diferente da criminalidade masculina.

Importante destacar que na origem do sistema penal a mulher não era vista como um sujeito capaz de cometer crimes, e por esse motivo, sequer era concebida a ideia de estudos acerca da criação de um sistema ou de um arcabouço de regência aplicável à mulher.

O estereótipo feminino era de que a mulher era um ser doce, frágil, e responsável pela gestação[9], já, o homem, era trabalhador, forte, saudável e capaz de cometer crimes; em outras palavras os papéis dos homens e das mulheres estavam bem delineados: a reprodução é função da mulher, enquanto que a produção, função do homem.

Essa divisão de funções evidenciou a seletividade do processo de criminalização em relação ao gênero. Nas palavras de Alexandre Barata (2009):

> A relação de condicionamento recíproco entre esta seletividade e a realidade social não é mensurável apenas com a escala das posições sociais e com a sua reprodução.

[8] Nesse mesmo estudo, Lombroso argumenta que caso a prática da prostituição fossem computadas como crime, as mulheres se aproximariam dos homens nas estatísticas criminais. Para o cientista a prostituição seria um equivalente funcional do crime (HEIDENSOHN, 2010).

[9] As mulheres de classe alta eram responsáveis pelos herdeiros e as mulheres de classe baixa responsáveis pela mão de obra barata (ESPINOZA, 2004, p.50).

> A estrutura dos papéis nas duas esferas da divisão social de trabalho, quais sejam, a da produção material e a da reprodução, não é menos importante. É nesta diferenciação das esferas e dos papéis na divisão do trabalho que age a construção social dos gêneros. A sociedade patriarcal reservou, de forma ampla, o protagonismo da esfera produtiva aos homens e do círculo reprodutivo, às mulheres (BARATTA, 2009, p.20).

Ao passo em que a mulher mudou sua posição na sociedade, foi mudando de posição também no sistema penal; por muito tempo a mulher se viu (e ainda se vê) limitada por uma sociedade patriarcal. A partir do momento em que a mulher conquista os espaços públicos, dá-se uma ruptura do 'privado', refletindo no patriarcalismo e aumentando seu campo de atuação.

O controle penal exercido sobre as mulheres era restrito à esfera do privado, cometendo crimes 'típicos' de mulheres – conhecidos como crimes de gênero (exemplo: aborto, infanticídio e crimes passionais). O sistema penal atuou para manutenção da ordem e recuperação do papel da mulher como ser dócil, mãe e figura auxiliar do homem. Ao passo em que se estuda a história da inserção da mulher no sistema punitivo é possível perceber que há uma herança preconceituosa em relação à mulher e seu comportamento.

Capítulo 2 A MULHER NO CÁRCERE

Após uma rápida imersão teórica acerca das penalizações, o presente capítulo, demonstra/expõe o atual cenário em que vive as mulheres encarceradas no Brasil. Tratando-se, este estudo, de identificar a existência (ou não) de práticas segregatórias, sexistas e androcêntricas nos espaços prisionais femininos.

Faz-se necessário explanar as dificuldades encontradas dentro do cárcere, utilizando-se como fonte os relatórios de várias instituições, bem como do Ministério da Justiça.

Primeiramente, faz-se uma breve análise da estrutura do sistema carcerário, observando como as condições dos presídios produzem 'processos/práticas de segregação' nos espaços de cárcere feminino. Desde já, ancorando-se nas pesquisas realizadas sobre o tema (FRINHANI E SOUZA), pode-se dizer que as condições das prisões no Brasil, por si só, já violam determinados direitos das encarceradas.

É possível perceber que o encarceramento provoca mudanças drásticas nas relações familiares. Nas pesquisas de Frinhani e Souza, detentas relatam que suas casas foram saqueadas e os filhos passaram a ser criados por parentes, aumentando a responsabilidade do filho mais velho de cuidar dos mais novos, fragilizando tentativas de estabilidade familiar e os laços afetivos com as mães presas. Apesar de tentarem resgatar a relação com a família, a maioria das encarceradas não acredita na possibilidade de reatar laços quando terminarem o cumprimento da pena (FRINHANI E SOUZA).

Diante do fato de que grande parte dos crimes é praticado por homens, e, via de regra, as estatísticas, em sua maioria, é composta pelos homens, as necessidades específicas da mulher, no que pertine à sua prática delituosa e ao próprio encarceramento ficam em segundo plano nas políticas públicas.

Tal discussão acerca das desigualdades (inclusive na prisão) vem ganhando mais espaço, precipuamente devido ao crescimento de mulheres no sistema prisional. Assim, faz-se necessário compreender se o Estado está preparado para engendrar/implementar políticas públicas que sejam adequadas às peculiaridades da mulher. Em relação à vida pós-cárcere, é

importante que o poder público se preocupe com ações que tenham a finalidade precípua de reintegrar a mulher, observando as desigualdades existentes na vida social.

Por fim, este capítulo apresenta discussões sobre identidade e gênero nos espaços prisionais, que tem como base teórica os estudos de Erving Goffman (1999) acerca do self e sua mortificação no contexto do sistema prisional, e, como se estabelecem as estigmatizações rotineiras presentes no cárcere e pós-cárcere. Essa discussão perpassa na questão da igualdade entre homens e mulheres e sua concepção nas políticas públicas específicas. Nesse subtítulo, procura-se roborar como o processo de mortificação do self – consequência da segregação social – necessita de uma análise de gênero, com o intuito de compreender as vicissitudes do feminino pós-cárcere.

2.1 As penitenciárias no Brasil: O retrato do caos

Em "Divina Comédia" Dante Alighieri (2003) descreve o inferno como um lugar sujo, fétido, úmido e escuro**.** Para cerca de aproximadamente 37.000[10] mulheres o inferno narrado por Dante (2003) é real. O Estado não tem garantido condições dignas para que as apenadas cumpram suas penas em regime fechado, há um desprezo em relação à arquitetura que muitas vezes são adaptadas e não construídas especificamente para a população feminina. Utilizam-se cadeias públicas para o cumprimento de pena de privação de liberdade quando na verdade são destinadas para detenções provisórias.

Em 2007, o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional, com a colaboração de outras entidades (sendo elas: a Associação de Juízes para a Democracia, Instituto Terra, trabalho e cidadania, Pastoral Carcerária Nacional, Instituto de Defesa dos Direitos de Defesa, Associação Brasileira de Defesa da Mulher e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) visitaram todos os estados da federação, visando colher informações acerca das condições em que vivem as mulheres presidiárias no Brasil.

No relatório constam algumas denúncias de fatos que ferem os direitos humanos. Tais violações tornam o processo de ressocialização impossível, em alguns estados brasileiros as mulheres encarceradas não têm acesso à aulas ou cursos profissionalizantes, não trabalham e não têm direito a visita íntima, são poucos os estabelecimentos prisionais que têm um ambiente destinado à amamentação. O saneamento nesses estabelecimentos é precário, a água é suja, as tubulações são quebradas, há vazamento de água e esgoto para dentro das celas, essas condições insalubres tornam a 'habitação' inadequada (RELATÓRIO, 2007).

No Brasil há poucas unidades prisionais construídas para mulheres, várias mulheres ficam em construções adaptadas que não respeitam as especificidades femininas (como ilustração desta assertiva, pode-se citar que prédios que hoje são presídios femininos eram presídios masculinos ou prédios públicos desativados). No Distrito Federal, a Penitenciária feminina era um Centro para Menores infratores, em 1997 passou por uma reforma para que fosse adaptada para mulheres (ESPINOZA, 2004).

Diariamente são denunciados casos de tortura dentro de várias instituições, o uso da força física por meio de funcionários demonstra a autoridade e o poder. Humilhações, castigos, tortura psicológica também são práticas denunciadas com frequência. Em estabelecimentos mistos ou que têm funcionários masculinos, as presas são submetidas a constrangimento sexual,

[10] http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60625-do-total-de-580-mil-presos-populacao-cerceraria-feminina-no-brasil-e-de-quase-37-mil.

violando-se a integridade física e emocional. Algumas engravidam enquanto estão no presídio, pois o sexo é uma moeda de troca dentro dessas unidades prisionais. Há relatos de tortura em Minas Gerais, Paraná, Espírito Santo, Goiás, São Paulo e Mato Grosso do Sul, no Distrito Federal não há nenhuma denúncia de tortura (RELATÓRIO, 2007).

Rogério Greco (2015), em sua obra "Sistema Prisional, colapso atual e soluções alternativas" tece relatos acerca da realidade de mulheres encarceradas no Brasil. Veja-se:

> No sistema prisional feminino as torturas e maus-tratos são constantes. Há relatos em presídios brasileiros, de detentas feridas em virtude de disparo de arma de fogo; espancadas com barras de ferro; tuberculosas e aidéticas que não recebem o necessário atendimento médico e que disseminam a doença em seu meio; presas grávidas que foram espancadas por guardas penitenciários que as agrediam desferindo socos em sua barriga; detentas que agredidas violentamente, tiveram seus dentes quebrados; outras submetidas a choques elétricos nos seios e na região genital (GRECO, 2015, p.199).

Foi verificado, também, que em cadeias superlotadas algumas encarceradas (inclusive presas gestantes, idosas ou doentes) dormem 'a céu aberto' no meio do pátio, ou dormem no chão – em celas que não possuem camas (RELATÓRIO, 2007).

2.1.1 O presídio feminino e sua infraestrutura: a questão do atendimento às necessidades de 'higienização' das presas

Em relação aos produtos de higiene, a maioria das presas não recebe do Estado produtos essenciais, como creme dental, papel higiênico, absorvente íntimo, xampu, sabonete, entre outros. Esses produtos são trazidos pelas famílias em dias de visitas, aquelas que não possuem família para levar os produtos, ficam sem acesso aos mesmos, já foi verificado[11] em alguns presídios que presas passam vários dias juntando miolo de pão para fazer de absorvente íntimo. Tais fatos demonstram a extrema violação dos direitos da mulher.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIX, e art. 1º, III impõe ao Estado o dever de cuidar da manutenção dos presídios, sobretudo de conferir condições que não ferem a dignidade da pessoa humana. Ainda vale observar a Lei de Execução Penal[12] que prevê no art. 10 que a assistência do apenado é dever do Estado, no art. 11 fica explícito que tal dever estende-se ao campo material.

No art. 88 está disposto que "[...] O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório". Em seu parágrafo único dispõe que a salubridade é um requisito básico da unidade celular. Desta forma, percebe-se que o sistema normativo expressa/demonstra um cárcere humanizado, que se distancia muito da realidade.

Zaffaroni (1998) destaca que o discurso do poder punitivo contradiz a sua própria fala. Veja-se:

> Na criminologia de nossos dias, é corrente a descrição da operatividade real dos sistemas penais em termos que nada tem a ver com a forma em que os discursos jurídico-penais pressupõem que operam, é dizer, que a programação normativa se baseia sobre uma realidade que não existe e o conjunto de agencias que deveria levar a cabo essa programação opera de forma completamente diferente. A verificação desta contradição requer demonstrações mais ou menos finas em alguns países centrais, mas

[11] A Pastoral carcerária verificou que alguns presídios não fornecem materiais básicos de asseio e higiene, como papel higiênico e absorvente íntimo.
[12] Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984

> na América Latina, sua verificação somente demanda uma observação muito superficial. A dor e a morte que parecem nossos sistemas penais estão tão perdidos que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento, valendo-se de seu arsenal de racionalizações reiterativas; nos achamos frente a um discurso que se desarma ao mais leve encontro com a realidade (ZAFFARONI, 1998, p.16).

2.1.2 Quanto à superlotação nos presídios femininos

No tocante à superlotação, recentemente, duas mulheres que foram acusadas pelo crime de tráfico de drogas, ficaram do dia 25 de fevereiro de 2015 até 06 de março de 2015 presas em cadeia masculina, por falta de vagas em unidade prisional feminina. Para o magistrado que proferiu a decisão de revogar a prisão preventiva, mantê-las no presídio masculino seria uma violência de gênero e viola direito fundamental da mulher, e por não conseguir vaga em estabelecimento específico, decidiu liberá-las. Na decisão o juiz ressalta que o sistema prisional se encontra falido.

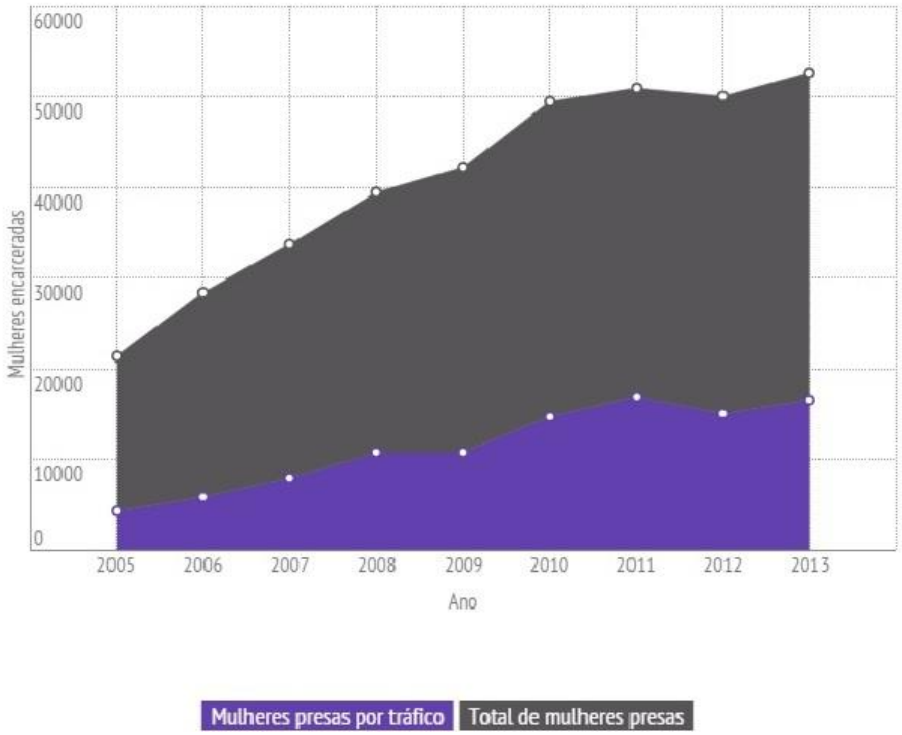
> Como se sabe, o sistema carcerário em todo país está caótico e a realidade do Estado do Tocantins não é diferente. (...) A prisão deve se dar com as mínimas garantias e respeito aos detentos. Como pessoas humanas que são, cabe a nós do Judiciário fazer com que seja cumprido o princípio da dignidade humana (BRASIL, Tribunal de Justiça de Tocantis, 2015).

Um dos maiores problemas do sistema prisional é o crescimento da população carcerária, dados de 2014 do ministério da Justiça mostram que em 20 anos a massa carcerária aumentou em mais de 400%[13]. Atualmente 37 mil mulheres estão presas no Brasil, esse número corresponde a 7% da população carcerária.

Conforme verifica-se no Gráfico nº 01, abaixo, o número de mulheres presas teve uma aumento expressivo nos últimos sete anos – ou seja, uma inflexão de 111% , calculada no período de 2005 a 2013. Pode-se inferir que uma das causas do aumento da população carcerária feminina foi a aprovação da Lei 11.343/2006, Lei de Drogas, que aumentou as penas mínimas de crimes relacionados ao comércio de substâncias ilícitas; 42% das mulheres presas estão incursas na Lei de Drogas. No período de 2006 e 2013 o número de detentas que respondem por crimes relacionado às drogas cresceu 290%[14].

GRÁFICO Nº 01
Evolução das Mulheres Encarceradas no Brasil, no período de 2005 a 2013 (Brasil, 2015)

[13] Dados extraídos do site: http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-carcerario-e-execucao-penal. De acordo com um estudo realizado pelo Centro Internacional de Estudos Penitenciários da Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, esse número sobe para 300 presos.
[14] http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/28793-mulheres-e-encarceradas-dupla-punicao.



Fonte: Ministério da Justiça, 2013.

As mulheres que fazem parte das estatísticas como presas por tráfico de drogas, geralmente são de locais marginalizados, excluídas do mercado de trabalho, não fazem parte da 'população consumista', e por isso são mais vulneráveis. Zaffaroni destaca que "o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também as criminaliza segundo sua classe social" (ZAFFARONI, 2007, p.69).

Nessa mesma linha de pensamento, Gabriela Jacinto afirma que o sistema punitivo é desigual e estigmatizador:

> [...] o presídio acaba se tornando uma extensão da favela, uma vez que abarca todos/as aqueles/as estigmatizados e ideologicamente tratados como perigosos. A classe menos favorecida sobrevive de alguma forma, diante dos espaços que as esmagam e as tornam escravas do trabalho servil, passando a viver muitas vezes, do mercado informal, que acaba por criminalizar pessoas não-qualificadas para o mercado formal, como o tráfico de drogas (JACINTO, 2009, p. 2).

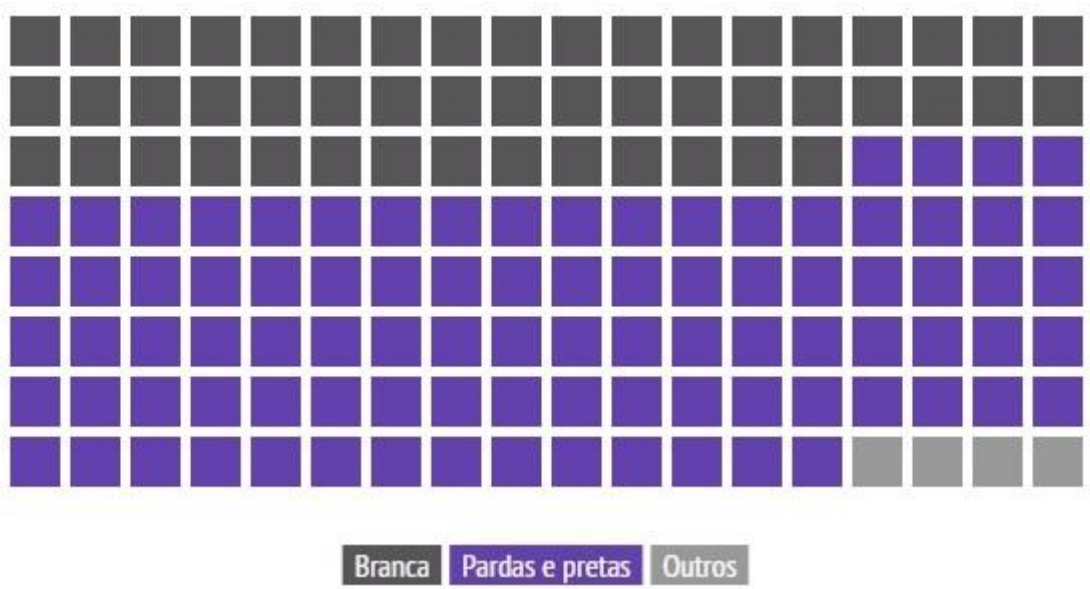
Estudos mostram que a maioria das mulheres incursas na Lei de drogas foram presas em flagrante, tentando entrar no presídio masculino a pedido de pai/companheiro/namorado/irmão. Esse fato é conhecido popularmente por 'crime de afeto' (JACINTO,2009).

Rogério Greco (2015) chama tal fato de 'amor bandido' e assevera que é o maior responsável pelo crescimento do número de mulheres no cárcere. Veja-se:

> Infelizmente, tem crescido o número de mulheres presas. Isso, se deve, sobretudo, ao tráfico de drogas, que arregimenta todas as pessoas para fazerem parte de sua nefasta "empresa". O chamado "amor bandido" também é um dos fatores de crescimento do número de mulheres no cárcere, que se apaixonam por criminosos normalmente

ligados ao tráfico de drogas. Essa união explosiva acaba fazendo com que as mulheres também enveredem na prática de ilícitos penais, tendo como consequência a sua privação de liberdade, juntamente com seu companheiro (GRECO, 2015, p.197).

QUADRO nº 02
Número de mulheres presas segundo cor/etnia (Brasil, 2015).



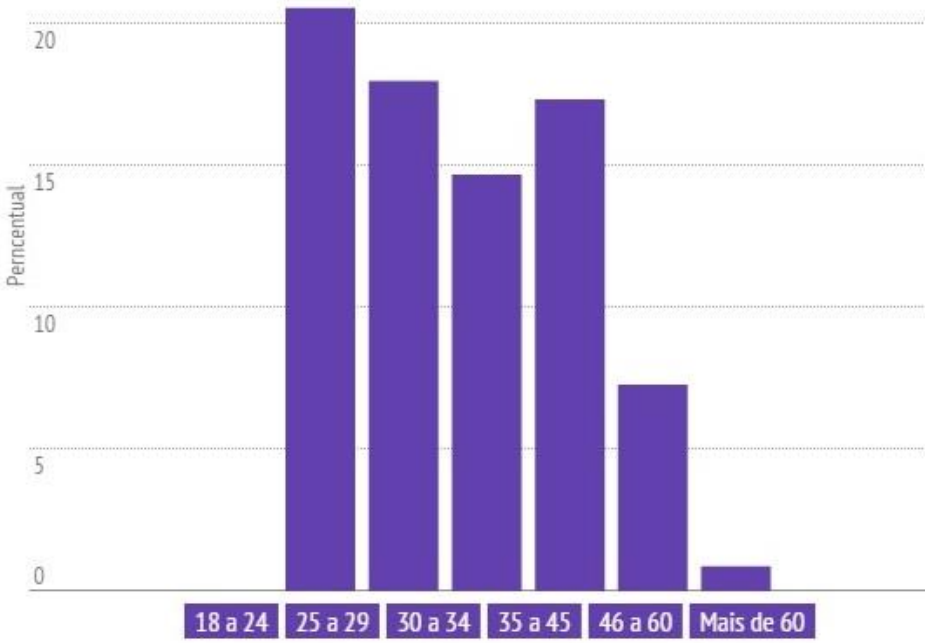
Fonte: Ministério da Justiça, 2013.

A mulher brasileira encarcerada tem seu perfil bem traçado. Estudos realizados pelo Instituto Conectas Direitos Humanos (CONECTAS, 2015), apontam que a maioria da população feminina é afrodescendente, conforme pode se verificar no quadro acima.

Abaixo, está demonstrada a faixa etária das mulheres encarceradas no Brasil, a maioria possui entre 18 a 24 anos, são jovens de baixa escolaridade (vide, a seguir, Quadro nº 04), e chefes de família[15]. O perfil da mulher presa é bem diferente do homem preso: 54% das mulheres se declaram solteiras e 12% separadas, enquanto 56% dos homens se declaram com companheiras ou casados[16]. Segundo dados do DEPEN, 72% das mulheres são primárias, enquanto 44% dos homens são reincidentes.

GRÁFICO nº 03
Faixa etária das mulheres encarceradas (Brasil, 2015).

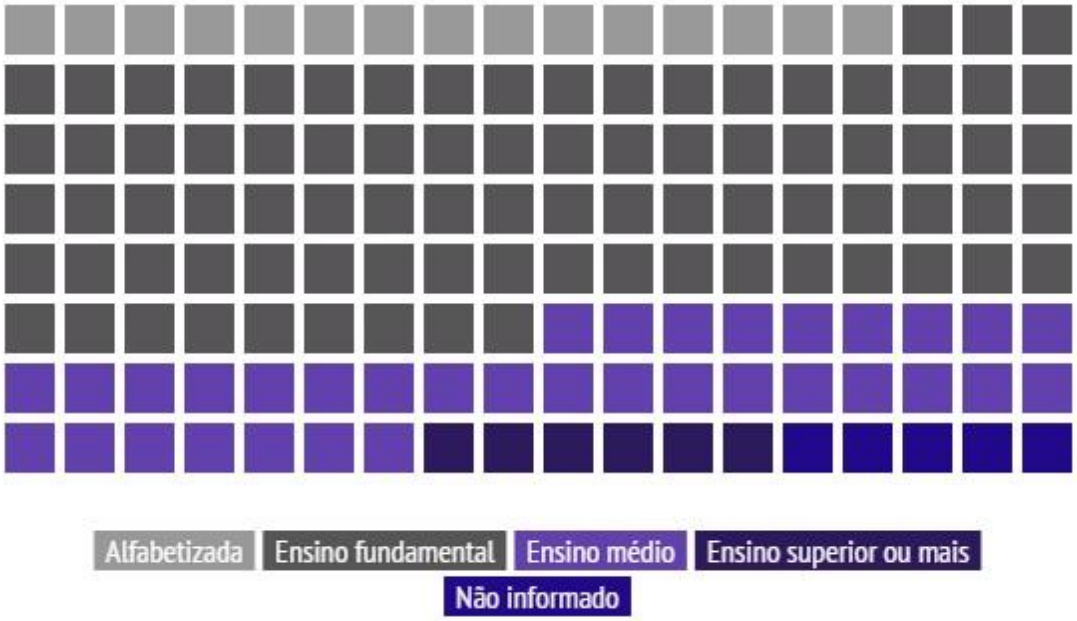
[15] Há uma ausência de dados oficiais sobre a mulher em situação de prisão, existem estudos desenvolvidos por estudantes e pesquisadores, mas o Estado não dispõe de informações sobre as encarceradas, e muito menos, vistas sob uma ótica de gênero.
[16] Dados extraídos do site: http:// www.mj.gov.br/depen/.



Fonte: Ministério da Justiça, 2013.

Quanto ao grau de escolaridade das mulheres presas no Brasil, fica evidenciado, conforme dados coletados junto ao Ministério da Justiça, que a maior parte delas possui ensino fundamental; uma pequena fração de mulheres presas somente foram alfabetizadas ou possuem ensino superior. Veja-se:

QUADRO nº 04
Escolaridade das mulheres encarceradas (Brasil, 2015).



Fonte: Ministério da Justiça, 2013.

2.1.3 As mulheres presas e a saúde

O sistema penitenciário brasileiro possui uma população de 37 mil encarceradas que são assistidas por apenas 21 médicos ginecologistas[17]; ou seja, o equivalente a um médico /assistência medida, para cada grupo de 1.720 mulheres. O Ministério da Saúde recomenda que toda mulher – presa ou não –, passe por consulta ginecológica pelo menos uma vez por ano[18]; nesse caso, cada um desses médicos teria que trabalhar 365 dias por ano e atender aproximadamente cinco detentas por dia. Além disso, o sistema prisional brasileiro dispõe de 171 leitos para gestantes e parturientes, ou seja, um leito para cada 211 mães encarceradas.

Nesse cenário, Greco (2015) destaca que:

> [...] em muitas penitenciárias femininas, há uma completa falta de atendimento médico, em especial o ginecológico, aumentando os casos de câncer, dos quais sobressaem os de mama, descobertos somente quando já se encontram em estágio avançado, obrigando, muitas vezes à extirpação do seio e levando, consequentemente, aquela mulher a um processo profundo de depressão (GRECO, 2015, p. 200).

No Brasil, a regra nas penitenciárias é a superlotação, os maus-tratos, a falta de higiene e alimentação, tempo ocioso por falta de trabalho e educação, assistência jurídica insuficiente[19]

---

[17] Dados extraídos do site: http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/28793-mulheres-e-encarceradas-dupla-punicao.

[18] Conforme o Departamento de Atenção à Saúde da Mulher do Ministério da Saúde, toda mulher deve ser consultada por um médico ginecologista ao menos uma vez por ano para fazer exames, como o Papanicolau, por exemplo, fundamental para a prevenção do câncer de colo de útero. Em relação às gestantes, é recomendada a realização de seis exames de pré-natal e mais um pós-parto.

[19] Em 2008, estimava-se que no Brasil havia aproximadamente 9.000 detentos com a pena já cumprida. Notícia disponível em http://www1.folha.uol.com.br/poder/2008/09/440846-pais-tem-9-mil-presos-com-pena-ja-cumprida.html

entre outros fatores. Difícil imaginar, portanto, que tal sistema será capaz de ressocializar mulheres em situação de prisão que são submetidas a essas situações.

2.2 A invisibilidade da mulher encarcerada na perspectiva das relações sociais de gênero

A introdução da questão de gênero na Criminologia crítica trouxe uma importante contribuição para o estudo 'mulher /criminalidade / prisão': propiciou maior compreensão sobre o funcionamento do sistema penal e social, como também mostrou que, sob o aparente mito da neutralidade e tecnicismo (mediante os quais são aplicadas as normas e são formulados os conceitos jurídicos), há uma visão dominantemente masculina. Assim, a Criminologia crítica feminista revelou que não é somente durante o processo que o sistema penal atua com seletividade em relação às mulheres, mas também durante a execução da pena, a discriminação está presente (ANDRADE, 2003).

Não há um acompanhamento contínuo da população feminina encarcerada no Brasil; consequentemente, não é possível diagnosticar os problemas e definir estratégias adequadas para a mudança do atual cenário de mazela em que vivem as mulheres encarceradas. Se em relação aos homens, que correspondem a maioria da massa carcerária no Brasil (BRASIL, Relatório, 2012),[20] há um déficit de informações, a situação da mulher encarcerada é ainda pior, estão em posição de invisibilidade, e o Estado não tem iniciativa para a criação de políticas públicas.

Dessa forma, a mulher se vê desprezada/desprotegida pelo Estado, inclusive quanto ao levantamento de dados acerca da prisão feminina e respectiva inadequação da infraestrutura (prisão), o que torna mais difícil resolver os problemas encontrados no cárcere.[21]

Antes de tratar sobre a invisibilidade da mulher frente ao sistema carcerário faz-se necessário um breve estudo sobre o significado de gênero. Estudar a situação da mulher sob uma ótica de gênero é a "[...] ruptura epistemológica mais importante dos últimos vinte anos de ciências sociais" (ALDA FACIO *apud* OLGA ESPINOZA, 2004).

Sua importância é romper com a invisibilidade da mulher em estudos que ressaltam o masculino como universal, como protótipo de humano, já que ao se referir ao homem a mulher estaria incluída tacitamente. Muitos estudos feitos por juristas, antropólogos, psicólogos e sociólogos não individualizaram as conclusões com a finalidade de integrar ambos os gêneros, sendo assim, inviabilizaram as particularidades do mundo feminino.

No entendimento de Alessandro Baratta (1999), "Os gêneros não são naturais, não dependem do sexo biológico, mas, sim, constituem o resultado de uma ação social".

> O gênero não alude exclusivamente a construções socioculturais, históricas e psicológicas. Diz respeito também às relações que se desenvolvem à partir dessas construções, quer entre homens, e mulheres (intergênero), quer entre homens ou entre mulheres (intragênero). Por outro lado, quando nos referimos ao sistema de gênero, aludimos ao conjunto de normas, pautas e valores, através dos quais uma sociedade

[20] Dados coletados em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf

[21] O Brasil possui uma estrutura penitenciária precária, há normas que tratam da execução da pena, mas não são efetivas e mesmo com a falta de efetividade fala-se em mudanças na forma de gestão.

> determinada modela a forma como a sexualidade e a procriação devem ser contextualizadas (ESPINOZA, 2004, P.51).

Sendo assim, tratar de gênero não é falar de diferenças fisiológicas ou biológicas de homens e mulheres, pois não se trata de diferenças sexuais. O gênero está ligado a uma organização social que pode sofrer mutações conforme os sujeitos vão construindo e assumindo seu papel na sociedade. As relações de gênero são construídas a partir de um sistema comportamental de masculinidade ou feminilidade com base em estereótipos que delimitam a maneira como atuam, vivem ou sentem homens e mulheres. Tal sistema comportamental é um processo de identificação de gênero que tem inicio na família, e acompanha o ser humano em todo o seu percurso[22].

É sabido que o conceito de gênero sempre esteve relacionado à divisão de público-privado; essa divisão robora a separação das funções arrogadas pelo homem e pela mulher na sociedade, onde o homem é a figura pública, que tem um papel mais externo, e a mulher faz o papel do privado, onde exerce as atividades do lar. Esta é a construção social da sociedade, onde não se vislumbra uma diferença, já que a cultura sociológica é androcêntrica e patriarcal. Essa dicotomia está estabelecida em todas as áreas do Direito, inclusive do Direito Penal, que não foi criado para punir a mulher. Nessa linha de pensamento, Thiago Fabres de Carvalho (2007) afirma que:

> As implicações da questão do gênero no controle penal remontam a um amplo debate que, impulsionado pelas teorias feministas do direito, procuram mapear como o discurso jurídico (penal) logrou criar e reforçar a construção de uma imagem específica do universo feminino e, com isso, reproduzir formas de dominação sobre as mulheres (CARVALHO, 2007, p. 224).

O sistema penal foi criado por homens, para homens que são racionais e capazes de cometer um crime, e nunca reconheceu a mulher como criminosa, reproduzindo um estigma construído pela sociedade em relação à mulher.

Os estudos sobre a delinquência feminina nunca foram objetos de atenção, mas aos poucos estão fazendo parte do discurso penal, quebrando os paradigmas já construídos, onde se desfaça a dominação masculina e a mulher assuma uma posição de igualdade em relação ao homem. A visão da sociedade voltada para o masculino se dá pelo fato de que a história foi narrada e protagonizada por homens, refletindo na ciência, na organização social e no Estado que atua por meio de políticas públicas ‘masculinas’.

Dessa maneira, o Estado se silencia para as diferenças de gênero que existem na sociedade, ignorando os aspectos ideológicos imprescindíveis para a percepção da atual formação da sociedade. A mulher que anteriormente fazia parte de um espaço privado, agora é vista em um espaço público. “Partiu de uma história das mulheres para tornar-se mais especificamente uma história do gênero, que insiste nas relações entre os sexos e integra a masculinidade. Alargou suas perspectivas espaciais, religiosas e culturais” (PERROT, 2007).

---

[22] Esse processo de identificação de gênero possui três dimensões: a atribuição, o papel e a identidade. A atribuição se realiza assim que a pessoa nasce, quando se faz o reconhecimento genital. Nesse momento, a família escolhe o nome da criança, vestem essa criança de determinada cor, montam enxoval específico para tal gênero e começam a tratar o recém-nascido como menino ou menina. A partir desse momento a criança adquire uma identidade de gênero. A dimensão do papel de gênero se forma a partir do momento em que a sociedade começa a estabelecer as funções sobre o comportamento feminino ou masculino (MARTHA LAMAS *apud* OLGA ESPINOZA, 2004).

O que se almeja nos dias de hoje é o fim das desigualdades de gênero, já que a sociedade sofreu modificações diante das construções feministas, que buscavam a igualdade entre homens e mulheres. É preciso perceber que não é só do ponto de vista biológico que há diferenças, mas sim na vida social, já que a mulher sempre se viu em uma posição de inferioridade que repercute no espaço privado e no público.

> Dentro dos movimentos sociais como o feminismo, por exemplo, tendências ativistas que acreditam na redistribuição como a solução contra a dominação masculina estão cada vez mais separadas das tendências que acreditam no reconhecimento da diferença de gênero (FRASER, 2007, p.114).

As modificações da sociedade relacionadas a gênero devem ser abrangidas pela criminologia, uma vez que a criminalidade feminina vem aumentando com o passar dos anos. A criminalidade feminina sempre esteve no campo da invisibilidade, desde as práticas dos crimes até o momento pós-cárcere.

Os mecanismos de controle social penal ignoram o feminino, como se as mulheres fossem incapazes de serem autoras de crimes, a atuação estatal não contempla políticas públicas destinadas ao feminino em nenhum momento em que a mulher se vê diante do sistema prisional e sobretudo quando retorna para o convívio em sociedade, como avalia Santa Rita:

> Não há uma discussão efetiva da criminalidade feminina na maioria das teorias do Direito Penal e das ações governamentais da Política Penitenciária. Como já abordada por alguns autores, a prisão reflete um cenário de desigualdade social, discriminação e seletividade do sistema de justiça penal, que acaba punindo grupos mais vulneráveis social e economicamente, e a mulher se insere nesse contexto antes da fase processual e após a sentença transitada em julgado (RITA, 2007).

Quando se trata de estabelecimento prisional para homens, não se fala ‘prisões masculinas’, já quando o recluso é a mulher se diz ‘prisões femininas’, o termo ‘prisões’ já traz implícito o masculino por si só. Devido ao número de crimes praticados por mulheres serem menores em relação aos homens, as especificidades do gênero são deixadas de lado nas políticas penitenciárias inclusive na reintegração social. Ademais, a reintegração social é tratada de forma assexuada, como se não houvesse diferenças entre homem e mulher, demonstrando o equívoco que existe ao desconsiderar as peculiaridades das mulheres. Nega-se a desigualdade social no momento em que a reintegração é direcionada homens e mulheres da mesma maneira, reproduzindo mais uma vez o olhar androcêntrico do sistema penal.

Uma das fundamentais contribuições dos movimentos feministas é demonstrar a condição de gênero nas relações sociais, com a finalidade de que tais diferenças sejam reconhecidas para que homens e mulheres sejam tratados como seres humanos potencialmente iguais em direitos e dignidade.

2.3 Cárcere, ‘instituição total’ de negação do feminino e a perda do ‘self’.

Erving Goffman, (1999) em sua obra “Manicômios, prisões e conventos” definiu que as prisões são uma ‘instituição total’, um local onde há grande número de indivíduos separados da sociedade com situação semelhante, onde se reside e trabalha. O fato de a prisão ser uma célula fechada, designada para um determinado grupo de pessoas que estão apartadas da sociedade caracteriza o caráter ‘total’ da prisão.

Cezar Roberto Bitencourt (2012) identifica as características das instituições:

> Todos os aspectos da vida desenvolvem-se no mesmo local e sob o comando de uma única autoridade; todas as atividades diárias são realizadas na companhia imediata de outras pessoas, a quem se dispensa o mesmo tratamento e de quem se exige que façam juntas as mesmas coisas; todas as atividades diárias encontram-se estritamente programadas, de maneira que a realização de uma conduz diretamente à realização da outra, impondo uma sequência rotineira de atividades através de normas formais explícitas e de um corpo de funcionários. Além disso, as diversas atividades obrigatórias encontram-se integradas em um só plano racional, cujos propósitos são conseguir os objetivos próprios da instituição (BITENCOURT, 2012).

Na obra de Goffman (1999), traduzidas para o português 'self' é sinônimo de 'eu', mas na percepção do autor o sentido de 'self' não se limita ao 'eu', faz parte do 'eu' junto com a ideia de 'mim'. O 'eu' tem um significado no sentido de ser o *self* nato, onde o ser humano faz escolhas levando em conta seus instintos.

Ao passo em que somos socializados, vamos interagindo com outras pessoas que têm uma forma de nos observar, com essa socialização vamos adquirindo um olhar para nós mesmos da mesma maneira que os outros olhavam. Nesse processo de socialização, construímos o 'mim', que é o self intelectual, social e cultural, dessa maneira, o 'eu' e o 'mim' compõem o sujeito (GOFFMAN, 1999).

O *self* é um desenvolvimento do ser humano onde se forma sua identidade, influenciada pelas adversidades do cotidiano. Goffman (1999) sustenta que a força do coletivo influencia o sujeito, conforme as circunstâncias e as experiências vividas em um mesmo ambiente, o indivíduo tem uma identidade multifacetada, pois é a força do coletivo que o influenciou. Sendo assim, o *self* é um processo em que o indivíduo transita multifacetado, uma vez que se torna necessário para a sobrevivência nos mais variados meios onde possa se socializar durante sua vida. A instituição 'total' nega o *self* do apenado, os valores que o indivíduo trazia consigo antes de entrar no sistema penitenciário. Com a entrada no cárcere já se inicia o processo da perda do *self*.

Os processos de admissão, o banho, as famosas fotografias, as 'instruções da casa' e o corte de cabelo, fazem parte da ruptura do apenado, tem-se então uma separação do mundo externo, onde se perde também seus vínculos familiares e sociais. Sem esse contato com o mundo externo e sem essas relações, o indivíduo se transforma.

Ademais deve-se lembrar que além desse processo de ruptura do *self* há também a desfiguração física, choques, socos, hematomas e mutilações no corpo fazem parte desse doloroso processo que deixa claro ao delinquente que ele não tem valor nenhum. Dessa forma, fica claro que antes de qualquer ressocialização, os apenados já terão suas identidades deterioradas, Erving Goffman (1999) define o cárcere como "estufa para mudar pessoas". Veja-se:

> O preso não consegue impedir que os visitantes (amigos e familiares) o vejam naquele estado degradante, mesmo através das grades. Ele sempre pode ser visto, mesmo nos seus momentos mais íntimos, quase que panopticamente. O "novo eu" do individuo vai ser despersonalizado para, então, sofrer a remodelação necessária. Primeiramente, após ser despojado de tudo, recebe orientações da Casa. Aprende como se deve portar para obter prêmios disponíveis (coisas pequenas, mas que agora têm grande valor, como um cigarro), chegando, inicialmente, a ficar obcecado para consegui-los. Conforme seu comportamento é castigado (geralmente, com a perda do prêmio, ou da possibilidade de obtê-lo), o que, a estas alturas é terrível (REGHELIN, 2002).

Devido a rotina do estabelecimento prisional e a segregação social, os condenados passam por humilhações, desgaste, degradações, que Goffman(1999), define como "mortificação do self". A deterioração da identidade da mulher na instituição prisional é permeada por peculiaridades desprezadas pelas políticas penitenciárias, e por serem mulheres e ex-presidiárias elas vivenciam o estigma que trazem do cárcere quando postas em liberdade.

O caso de mulheres delinquentes é ainda mais delicado do que o caso dos homens, pois não há uma análise da criminalidade feminina, deixando claro que a ciência é androcêntrica e por essa negligência que a situação da mulher se agrava ainda mais, onde seus direitos fundamentais são violados diariamente. Mulheres ficam presas em cadeias públicas ou estabelecimentos mistos, pouquíssimas vezes ficam em estabelecimento destinado à elas, as necessidades do gênero não são atendidas nos presídios mistos ou em cadeias públicas, negando então o feminino, como se o feminino não pudesse ser respeitado como o masculino.

As ocupações destinadas às mulheres encarceradas dá mais força à submissão que lhe foi imposta pela sociedade desde os primórdios, à mulher são ofertados trabalhos que remetem as atividades do lar e ao homem ofício na esfera pública. Quando estão em regime semi-aberto os trabalhos ofertados às mulheres são faxina e cozinha – dentro do próprio estabelecimento prisional – enquanto os homens podem ultrapassar os muros da instituição.

Nega-se mais uma vez o feminino quando se observa o cotidiano de presídios mistos. A mulher não tem o direito de transitar livremente dentro do estabelecimento prisional da mesma maneira que os homens, e quando transitam é para se prostituir em troca de coisas pequenas, como um cigarro. Assim como afirma Colares, "As presas autorizadas a circular por eles, em geral, são as que se prostituem: mulheres públicas por definição, cujos corpos existem para a satisfação masculina" (COLARES, 2008).

Diariamente o feminino é negado dentro do presídio, e por ser uma instituição total, criam-se estigmas e modelam-se identidades, negando a personalidade da mulher, para que ela seja 'modelada' dentro do padrão, superando as expectativas da sociedade.

No que tange ao masculino, molda-se a personalidade para adaptar o indivíduo à estrutura de trabalho, já no feminino busca-se readequar a conduta delitiva da mulher, mas não é só no trabalho que reside a submissão da mulher dentro do cárcere. O próprio sistema exclui a mulher ao não observar as necessidades femininas, ferindo vários direitos elementares e básicos.

Durante este trabalho será abordado com clareza todos esses problemas, que deixam claro que o cárcere é muito mais crucial para a mulher que para o homem, roborando que a pena no âmbito feminino deve ser vista com outros olhos, para que não viole esses direitos e para que o Estado não seja tão negligente ao tratar de problemas que gritam a fortes pulmões.

A Lei de Execução Penal se torna ineficaz, pois não tratam as apenadas com dignidade, respeito a integridade física e moral, sobretudo a reinserção da 'ex-encarcerada' na sociedade. Se a norma é ineficaz e os direitos básicos são violados, a pena será uma ferramenta que germinará o ódio e a revolta em pessoas que ingressaram no sistema penal.

CAPÍTULO 3 DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO PRISIONAL FEMININO: A MATERNIDADE E A VISITA ÍNTIMA

Neste capítulo faz-se reflexões sobre as constantes violações de direito das mulheres condenadas, da ausência de políticas publicas específicas de gênero para esta população, bem como questionar até que ponto esta invisibilização não é reflexo da discriminação de gênero com relação às mulheres que delinquem.

O sistema penal pretende ser operacionalizado nos limites da lei de modo a garantir a aplicação igualitária desta aos seus infratores. Contudo os estudos demonstram que o sistema penal age de forma discriminatória e seletista, reproduzindo relações de opressão contidas nas relações sociais.

É com um olhar mais cuidadoso e ancorado em teorias de gênero e da criminologia feminista que o presente capítulo vem demonstrar a reprodução das discriminações de gênerol quando, por um lado, garante minimamente a estrutura para as mulheres grávidas, e por outro, estabelece restrições desiguais, em comparação aos homens presos, para a realização da visita íntima pelas mulheres.

3.1 Direitos humanos e a ineficácia da lei

A partir do século XVIII, com a positivação da Declaração de Virgínia em 1776 o ser humano foi reconhecido como sujeito de direitos inerentes à personalidade. Mas foi durante o século XX que se desenvolveu maior proteção dos direitos e das liberdades das pessoas, nos períodos das guerras mundiais ficou claro que a dignidade humana precisava ser garantida. Com o objetivo de assegurar tais garantias a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos[23].

Na segunda metade do século XX, surgiram várias declarações e tratados que proclamam os direitos humanos, os quais contam com a assinatura de grande maioria dos governos do mundo. Atualmente a maioria das Constituições possuem normas de proteção aos direitos humanos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seus primeiros artigos dispõe acerca de direitos proclamados no âmbito nacional. Dessa forma, fica claro de que há a necessidade de a sociedade reconhecer que todo ser humano, possui vários direitos inerentes à sua personalidade perante o Estado, que tem o dever de garantí-los.

Ocorre que a realidade de aproximadamente 35.000[24] mulheres contradiz as normas de proteção dos seres humanos nacionais e internacionais. A Lei de Execuções Penais em seu artigo 3º dispõe que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". Essa mesma garantia está legitimada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu 10º artigo; "[...] toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana".

Fica evidente que há uma grande distância entre a norma e a realidade da execução penal. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XLIX, estabelece que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". No inciso III do mesmo artigo, consta que "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Essas mesmas palavras estão dispostas no artigo 5º, inciso II da Convenção Interamericana de Direitos

---

[23] Antônio Cançado Trindade destaca que os direitos humanos ficaram caracterizados pela internacionalização, iniciando um processo histórico de proteção ao ser humano, marcado por mais de setenta tratados sobre a matéria no plano global e regional (TRINDADE *apud* ESPINOZA, 2004).

[24] Dados coletados em: http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cnmp-sobre-sistema-prisional

Humanos.

Há uma lista grande de legislação que garantem o respeito dos direitos fundamentais das pessoas que estão privadas de sua liberdade, e que deveriam servir de exemplo para o Estado que ignora as políticas penitenciárias e outras normas, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e considerando ainda as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da ONU, e a Resolução 14/94 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

A Lei de Execução Penal foi criada para orientar as formas em que a pena deveria ser cumprida, mas ao invés de impor as condições do encarceramento, a LEP mais se aproxima de uma obra de ficção. No artigo 10 e 11, estão postas as assistências que o preso tem direito: material, à saúde, social, educacional, religiosa e jurídica. Em relação à assistência material, a realidade contraria o ideal normativo, como já relatado em capítulo anterior. A Comissão da CPI do Sistema Carcerário se deparou com encarcerados dividindo celas e corredores com ratos e porcos, esgoto a céu aberto e refeições podres servidas à essas pessoas.

As regras das penitenciárias femininas estão bem delineadas, são regras próprias e que são frequentemente descumpridas. Uma dessas regras é o fato de que somente agentes mulheres devem fazer a vigilância das encarceradas, com a finalidade de evitar violações por parte dos agentes masculinos.

Ocorre que, embora essa seja a prática ideal, na realidade existem agentes penitenciários de ambos os sexos cumprindo tal papel nessas prisões. Segundo dispõe a regra "8 - A", das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos: "Na medida do possível, homens e mulheres devem estar detidos em estabelecimentos separados; nos estabelecimentos que recebam homens e mulheres, a totalidade dos locais destinados às mulheres será completamente separada." Tal norma é desobedecida diariamente no Brasil, são inúmeros os casos de mulheres encarceradas que sofre violência sexual pelos agentes penitenciários do sexo masculino, e em decorrência disso algumas das detentas acabam engravidando.[25]

No tocante à saúde, uma área totalmente carente no Brasil – inclusive fora do cárcere – intramuros é ainda pior, mulheres grávidas não têm acompanhamento médico, soropositivas não tomam os medicamentos necessários, dentro do cárcere é possível encontrar mulheres com tuberculose e outras doenças que já foram erradicadas no Brasil.

As assistências sociais e educacionais também são falhas, o que realmente ajuda em relação a tais assistências é a comunidade, conforme disposto na LEP: "Artigo. 4- O Estado deverá recorrer á cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança". Existem vários programas de igrejas, e até mesmo acadêmicos que colaboram para essas assistências. A ausência de Assistência Jurídica também é importante para que se possa enxergar o motivo de presídios superlotados. A ausência de informações e acompanhamento do processo impossibilita que os apenados progridam de regime ou até mesmo sejam libertos, em casos de cumprimento integral da pena. Veja-se:

[25] O caso da cantora mexicana Glória Trevi teve repercussão no mundo inteiro, presa por 4 anos, a cantora mantinha relações sexuais com alguns agentes federais e com um delegado de polícia, em troca, Glória poderia obter alguns benefícios, como usar o telefone. Glória engravidou no cárcere da Superintendência da Polícia Federal em Brasília. Quando retornou ao México, a cantora criou uma fundação com o nome de sua filha, Ana Dalai, que faleceu no Brasil, a finalidade da fundação é cuidar dos filhos de mães encarceradas (GRECO, 2015, p. 201).

> Não obstante todo o aparato legal posto em resguardo aos direitos do preso, e a incidência do princípio do contraditório também em sede de execução penal, não raras vezes nos deparamos com execuções, nas mais diversas comarcas, correndo praticamente à revelia da defesa. Impulsionada pelo Juízo e fiscalizada pelo Ministério Público, que no mais das vezes também a impulsiona, a atuação defensória, como regra, é quase inexistente (MARCÃO, 2005).

A base da elaboração da legislação penitenciaria é a Constituição Federal de 1988, que contém garantias explícitas para a proteção da população encarcerada. Essas garantias se repetem no Código Penal, que dispõe no artigo 38 que "serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". No âmbito federal, o Código de Processo Penal e algumas leis penais especiais apresentam normas de conteúdo semelhante.

Sendo assim, fica claro que é necessário rever o modo que os estabelecimentos prisionais operam, negligenciando os direitos das apenadas que estão protegidos por normas nacionais e internacionais.

3.2 Maternidade dentro do cárcere

Um dos poderes reservado às mulheres que nunca pôde ser usurpado pelos homens é a maternidade, mas por meio de um discurso andocêntrico/patriarcal o homem conseguiu tornar a maternidade um atributo relacionado ao núcleo familiar, através do pátrio poder.

Inicialmente, faz-se necessário observar o quão importante é a maternidade na socialização da mulher em uma sociedade androcêntrica/patriarcal, já que a função da mulher está fadada à reprodução. Essa construção social deixa claro o papel da mulher na esfera privada, dentro do cárcere a maternidade assume uma característica atenuante, o sofrimento da privação de liberdade é diminuído, visto que essas mulheres terão a oportunidade de cuidar dos seus filhos.

As mães que mesmo privadas de liberdade exercem o papel da maternidade se adequam mais às normas internas e se envolvem menos em conflitos disciplinares. Santa Rita (2007), em seu estudo intitulado "Mães e crianças atrás das grades", destaca o abrandamento que a maternidade dá à pena privativa de liberdade. Veja-se:

> Contudo, sem adentrar nos aspectos subjetivos e objetivos da maternidade e suas representações sociais, seja de amor, ódio, discriminação, gratidão, culpa, dedicação, abandono, felicidade, comprometimento no mundo do trabalho, entre tantas outras, pode-se inferir, que essa característica maternal, dentro do contexto penitenciário, assume um aspecto atenuante e de diminuição do sofrimento de privação de liberdade. De uma maneira genérica, pode-se afirmar que maternidade para as mães presas se vincula ao aspecto da oportunidade de poderem "cuidar" de seus filhos ou filhas, refletindo uma significação do papel maternal, atrelada ao fato de contribuir para abrandar a pena de prisão. Nessa condição de "cuidadora" dos filhos dentro do estabelecimento prisional, percebe-se que além de haver uma ressignificação da função de mãe, parece existir um redirecionamento na execução de sua pena (RITA, 2007, p.9).

Ademais, a maternidade exercida em situação de prisão se configura em uma forma ambígua: de um lado tem-se a felicidade por poder cuidar do filho gerado (mesmo que de forma limitada), e, do outro, se tem a tristeza pela dupla penalização quando é o momento de separação de mãe e filho. Deve-se pensar também no ambiente em que a criança passará os primeiros meses de sua vida, um ambiente hostil e limitado como o cárcere refletirá na formação desse

individuo após sua saída da prisão.

A Lei de Execução Penal, dispõe no artigo 89 que, *in verbis*:

> Além dos requisitos referidos no art.88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente, de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa" (BRASIL, 2015).

A finalidade de creches e berçários seria fortalecer o vínculo entre mãe e filho e, sobretudo, não deixá-lo sempre inserido numa cela, em um espaço inapropriado para uma criança.

Contudo, não são todas as unidades prisionais que possuem creche, e quando possuem, não apresentam os requisitos para um bom funcionamento[26]. O Estado se mostra despreparado para atender as demandas de mães e crianças dentro do cárcere, prevalecendo o improviso para atender as necessidades da maternidade. O problema da maternidade dentro do cárcere está entre manter o vínculo da mãe com o bebê e evitar que essa criança cresça em um ambiente insalubre e hostil como o prisão. Mesmo com alguns avanços que colaboraram para que a genitora permanecesse por mais tempo com seu filho, cabe ao poder público viabilizar os direitos garantidos na lei.

A realidade das unidades prisionais brasileiras é bem complicada no que tange ao espaço destinado ao abrigo das 'crianças encarceradas' e no período de idade máxima para a permanência da criança dentro do presídio[27], que depende da percepção dos diretores das prisões e dos investimentos destinados a esse fim. A permanência das crianças pelo período de amamentação é prevista no art. 5º, inciso 'l', da Constituição Federal de 1988, bem como nos artigos. 83, § 2º e 89 da Lei de Execução Penal. Essa mesma lei passou por alterações importantes após inúmeras discussões acerca da efetivação do direto e garantias. Os artigos 14, 83 e 89 foram alterados no sentido de que as penitenciárias femininas sejam dotadas de seção para gestante e parturiente, bem como creches para crianças até 7 (sete) anos, cuja responsável esteja presa.

A lei nº 11.942 alterou a LEP no sentido de assegurar o direito constitucional do aleitamento materno. O inciso 'l', do art. 5º, da Constituição dispõe que "às presidiárias serão asseguradas condições que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". No tocante ao aleitamento o Estatuto da Criança e do Adolescente[28] em seu 9º artigo versa que "o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade".

---

[26] O art.89 da Lei de Execução Penal traz em seu parágrafo único os requisitos básicos da seção e da creche, são eles:
I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

[27] A Lei de Execução Penal não deixa claro o tempo limite de permanência de crianças em ambiente de prisão. Desse modo, a mulher encarcerada tem o direito de permanecer com a criança no período de aleitamento.

[28] Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

No mesmo sentido, a lei 9.046 de 1995 acrescentou um parágrafo no art.83 da LEP, que ficou versando que "os estabelecimentos penais destinados às mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los". O que se busca é a garantia dos direitos da mãe e da criança, a lei reconhece a especificidade da mulher em relação à maternidade. Vale destacar o direito à amamentação não só como um direito da criança, mas sim como direito da mãe também, para que seja estabelecido um laço afetivo com seu filho, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente garante esse direito em seus artigos. 8º e 9º. Nesse sentido, Luciana Ramos demonstra que o direito à amamentação não é restrito apenas à saúde da criança; "O direito à amamentação não se refere apenas ao direito à vida e à saúde da criança, mas principalmente ao direito de ser criado no seio de sua família, ou seja, direito à convivência familiar" (RAMOS, 2012).

Rogério Greco (2015), em sua obra Direitos Humanos, Sistema Prisional e alternativas à privação de liberdade, relata os problemas que as mães encontram no cárcere. Veja-se:

> A gravidez no cárcere é um problema que deve ser enfrentados pelo Estado. Primeiramente, o acompanhamento pré-natal é feito de forma precária. Quando a gestante dá a luz a seu filho, embora permaneça, momentaneamente, afastada das demais companheiras de prisão, os berçários existentes são como pequenas jaulas, que não se diferenciam muito do ambiente prisional anterior. Após poucos meses, a mãe é separada de seu filho que passa a ser, em regra, cuidado por algum parente próximo, sem que, para tanto, exista qualquer programa de auxílio por parte do governo. Essa família que resolve acolher aquela criança para a ter um ônus que não estava previsto no seu orçamento e, por conta disso, dela acaba cuidando de forma inadequada. Não raras as vezes, a criança, colocada em um lar estranho, passa a ser vítima de maus-tratos, pois as pessoas que se encarregaram de dispensar-lhe os cuidados necessários, passam a enxerga-la como um peso. À medida que vai crescendo, começa a ser tratada como uma empregada doméstica, no caso das meninas, ou, se for menino, obrigado a exercer atividades braçais inapropriadas. Isso sem falar nas vezes que são abusados sexualmente (GRECO, 2015, p. 201).

Embora já houvesse previsões legais para o exercício da maternidade dentro dos presídios, nunca foi efetivada enquanto política pública. Não adianta existir uma lei se a efetivação não é garantida, já que somente o texto normativo não se faz suficiente. Mais uma vez a realidade se distancia, e muito, da norma. Quando esses direitos fundamentais das mulheres encarceradas são violados, ou até mesmo negligenciados por falta de política pública específica para mulheres, reproduz-se as discriminações de gênero construídas extramuros. A inércia do Estado não permite que os direitos dessas mulheres sejam concretizados, pois não há como manter vínculos afetivos com seus filhos e nem garantir o direito à amamentação.

O desrespeito às mulheres e às crianças que estão no cárcere se refere às questões de políticas públicas, gênero e, sobretudo, aos direitos humanos, como demonstra Santa Rita;

> [...] a maternidade apresenta-se dentro de um processo de resignificação em ambiente prisional e serve para o abrandamento da pena e, por outro lado, é sentida como uma dupla penalização, tendo em vista o momento de separação da criança. A separação das crianças é sentida como uma das piores perdas na prisão, apesar de as mães também expressarem ambiguidades em relação à permanência dos seus filhos em ambiente de prisão (RITA, 2007).

A maioria das presas possui filhos. A ausência de planos estatais / políticas públicas com a finalidade de aproximar a condenada de sua família dificulta, mais ainda, o cumprimento

da pena. Os filhos que são criados longe da mãe tendem a não ter limites, e quando crescem acabam sendo corrompidos pelo crime. O contato das presas com seus filhos e família, deveria ser facilitado, principalmente, manter o laço afetivo com os filhos menores, o que não ocorre na prática.

Nessa perspectiva, Greco (2015) destaca que manter esse laço afetivo é dever do Estado. Veja-se:

> [...] Todo o tipo de desculpa é utilizado, a exemplo da falta de segurança e dos problemas administrativos que envolvem as visitas de parentes, como disponibilizar, constantemente, funcionários para levarem a efeito as revistas pessoais etc. No entanto, é dever do Estado manter esses laços afetivos. Por mais que aquela mulher tenha cometido um delito, esse fato não pode afastá-la, quase que por completo, de sua família. Se uma das funções da pena é justamente, a ressocialização, temos que estimular a condenada a querer sair rapidamente do cárcere, colocando-lhe objetivos, metas a cumprir, motivadas pelo desejo de retornar à sua família (GRECO, 2015, p.203).

Tratar desse assunto revela a urgência da criação de políticas públicas que respeitem a mulher e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. A necessidade do reconhecimento de direitos que devem ser aplicados às mães presas e seus bebês é evidente, cuja ausência de política pública não pode ser perpetuada. O Estado deve voltar o seu olhar para essa população 'invisivel', já que a convivência dessas mães com seus bebês é a única forma de contribuir para o vínculo familiar evitando a separação da mãe numa etapa fundamental da infância.

3.3 A Visita íntima no Sistema Penitenciário Feminino

A visita íntima tem um papel fundamental para as pessoas que se encontram em situação de prisão. Ao estudar a história da visita íntima no Brasil, é possível perceber que quando foi permitido tal 'benefício', a finalidade não era garantir para respeitar o direito à sexualidade do indivíduo, era buscar uma forma de conter a revolta dos encarcerados, diminuindo as rebeliões.

Ademais, esse é um dos fatores que levaram a inserção tardia da visita íntima nos presídios femininos, já que as rebeliões são fatos muito raros nesses estabelecimentos.

Lombroso (*apud* PAIVA, 2011) destacava que a mulher normal não possuía libido e que eram naturalmente frígidas. Aquelas que possuíam interesse sexual eram vistas como desviantes, criminosas ou prostitutas. Como instituição total, o cárcere teria a finalidade de 'corrigir' esses desejos sexuais, que não deveriam existir no feminino e quando existissem, deviam ser reprimidos.

Um fator que prejudicou o direito a visita íntima é a obrigação de comprovar a união conjugal prévia, que se dá por meio de casamento ou de união estável. Esse é um requisito que demonstra a negligencia do Estado e a falta de interesse em concretizar políticas públicas. Com o passar do tempo a justificativa para tal comprovação era a transmissão do vírus HIV por meio de relações 'prosmíscuas'. Mas esse argumento não subsiste, pois o risco de infecção não depende de o cônjuge manter relações sexuais dentro ou fora do estabelecimento prisional, mas, sim, da falta de orientação e uso de métodos que evitem a contaminação. Se a prevenção da transmissão do HIV fosse o real motivo para evitar a visita íntima, deveria o estabelecimento prisional masculino tratar do assunto com o mesmo rigor na hora de avaliar o estado civil do apenado, o que não ocorre na prática.

Essa exigência do Estado tira da mulher o poder de decisão sobre o próprio corpo. Luciana Ramos (2009) destaca que "[...] discutir os direitos sexuais e reprodutivos é falar não só do direito de decidir quando e como ter filhos, mas também do direito de escolher com quem manter relações sexuais e quando."

A partir de 2001, foi permitida a recepção de seus companheiros no presídio por homens e mulheres em nível de igualdade. Mas ainda assim, as mulheres recebem poucas visitas, já os homens, recebem visitas com frequência. Para Márcia de Lima (2006) a sexualidade está vinculada aos laços afetivos, e que a medida adotada pelas instituições, exclui a mulher, já que mulheres que possuem companheiros/namorados, não podem usufruir de tal benefício. Veja-se:

> A interpretação da opção ou não pela visita íntima passa, num primeiro momento, pela desigualdade de gênero, que se reproduz intra-gênero, tornando as mulheres não somente diferentes dos homens, mas desiguais em relação a eles e a outras mulheres, pelo valor social atribuído à instituição do casamento ou laços de conjugalidade. Assim, são submetidas, na condição de mulheres presas, a uma norma que vincula sua sexualidade ao casamento ou a laços comprovados de conjugalidade com um parceiro, o que pode excluir as mulheres que, mesmo possuindo companheiros e/ou namorado, não podem usufruir desse direito, conforme referido (LIMA, 2006, p.57).

O modelo do sistema prisional para mulheres foi copiado do masculino sem que se fizessem as observações/modificações necessárias que atendessem o feminino, dessa forma Luciana Ramos aponta que a importação do modelo masculino ao feminino dificulta a efetivação de tal direito:

> As dificuldades que se colocam no caminho da concretização do direito são, não raras vezes, sinal para não concretização do direito à visita, como limitação temporal e quantitativa – no Distrito Federal, estabelecesse o tempo de meia hora para cada visita íntima, sendo que o 'parlatório'[29]está localizado bem no pátio das visitas, ou seja, todo o barulho do pátio provocado pela visita dos familiares é escutado do parlatório, assim como a recíproca é verdadeira. Verifica-se que a visita íntima tem por objetivo atender ao homem e não a mulher, além de restringir-se a conjunção carnal, pois em meia hora, os afetos não podem ser priorizados em função de tempo. Além disso, a visita íntima não é toda semana mas a cada 15 dias ou mesmo uma vez por mês, depende da demanda do presídio (RAMOS, 2011, p. 24).

Com a negativa da efetivação da visita íntima às mulheres privadas de liberdade, o Estado deixa claro que o sistema busca reforçar que a punição da mulher ocorre de forma a estigmatizá-la por transgredir a ordem imposta ao feminino.

No tocante às relações homossexuais, em muitas unidades prisionais femininas, as mulheres são punidas quando flagradas mantendo um vinculo com outra 'companheira'. Vale ressaltar que ainda não é permitida a visita íntima para casais homossexuais.

Essa negação do reconhecimento/aceitação de um relacionamento homossexual dentro do cárcere esclarece a discriminação de gênero intra-muros. A falta de igualdade entre gêneros acontece de forma perversa na privação da sexualidade, que é imposta às mulheres em situação de prisão.

---

[29] Parlatório é o local onde os advogados fazem atendimentos/consultorias jurídicas dentro das instituições prisionais. Em alguns estados, como no Distrito Federal, o parlatório é destinado também à visita íntima.

Ademais, a violação do direito sexual da mulher ocorre de duas maneiras. Na esfera individual a violação se caracteriza perla restrição à privacidade/intimidade/liberdade/autonomia, ou seja, ao livre exercício da sexualidade sem qualquer coerção ou violência. Na esfera coletiva, ocorre a violação com a ausência de políticas públicas que assegurem tais direitos, como acesso às informações em educação sexual, métodos contraceptivos e prevenção à violência de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que as discussões acerca da criminalização feminina são recentes. Iniciou-se nos anos 1960, onde a mulher, no âmbito criminal, passou a ser analisada. No entanto, a sociedade ainda vê a figura feminina como inofensiva, dócil e frágil, e, aquela que corrompe essa expectativa, é vista como doente, já que se desviou de sua natureza.

Dessa maneira, vale ressaltar a dificuldade em encontrar bibliografia para estudar as mulheres no papel de autoras de crimes e não de vítimas, refletindo em um pensamento de que as mulheres não podem cometer crimes; e, quando os cometem, são para dar continuidade às ações de seus companheiros, pais ou irmãos.

Assim, não é possível fazer uma análise crítica em relação à mulher na criminalidade, permitindo dessa forma, a perpetuação de um discurso de exclusão. No campo punitivo, tal exclusão se materializa em penas que não levam em consideração as necessidades do feminino. Sendo assim, as mulheres acabam sendo estigmatizadas e entram em um círculo vicioso de lei e ordem, gerado pelo Estado, e a consequência é a reincidência penal.

A humanização da punição vem caminhando lentamente. Faz-se necessário que a sociedade e o Poder Público desempenhem um papel mais proativo na execução de políticas públicas. Certamente uma das primeiras medidas a serem modificadas seria o trabalho desenvolvido dentro do presídio. O Poder Público deve parar de incentivar a esfera do trabalho doméstico, uma vez que essa prática reforça a ideia de que o espaço da mulher deve continuar a ser o privado.

Ante todos os pontos discutidos, não restam dúvidas acerca do discurso do Sistema Penal e consequentemente, do sistema penitenciário. Existe uma disparidade clara entre a norma e a realidade. Em relação ao universo carcerário feminino, as consequências dessa disparidade são maximizadas, podendo ser constatado pela precariedade de normas protetivas à mulher encarcerada e pelo fato de que as normas existentes sustentam o caráter androcêntrico do Direito Penal.

O tratamento dado à mulher encarcerada, reflete a invisibilidade sob uma perspectiva de gênero e de uma cultura androcêntrica da ciência, na medida em que reforça os papéis sociais tradicionalmente construídos pela sociedade patriarcal. Assim, para que as normas, no universo do cárcere, não sejam apenas uma forma de alimentar um ideal, um Direito Penal utópico, propõe-se medidas no sentido de uma reformulação nos presídios femininos, com a finalidade de cumprir o que dispõe as normas jurídicas, buscando a visibilidade das diferenças que circundam os sistemas masculinos e femininos, respeitando as especificidades de cada um.

Vale dizer que, buscar a visibilidade das diferenças entre o sistema carcerário feminino e masculino, não significa ignorar as igualdades. Nessa mesma linha de pensamento, Barata (2009) afirma que:

> [...] igualdade e diferença não constituem uma alternativa. As lutas pela igualdade são, ao mesmo tempo, pela diferença, e vice-versa. O contrário da igualdade não é a diferença, mas sim a discriminação. Dessa forma, o oposto da diferença não é a igualdade, mas a imposição de modelos, o nivelamento, a negação da identidade (BARATA, 2009, p.61).

Dessa forma, o sistema penitenciário só cumprirá as normas de proteção à mulher encarcerada, se tornar visível a perspectiva de gênero, reconhecendo e respeitando as diferenças e especificidades das mulheres.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ASSUNÇÃO, Any Ávila. **A tutela judicial da violência de gênero: do fato social negado, ao ato jurídico visualizado**. Tese / Doutorado. Brasília: UnB, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal-introdução à sociologia jurídico-penal.** Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

_____, O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. **Criminologia e feminino**. Portoo Alegre. Sulina, 1999.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: 1. Fatos e mitos**. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2002

_____ (2002b). **O segundo sexo: 2. A experiência vivida**. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 1 ed. São Paulo: Edipro, 1999.

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Falência da pena de prisão.** 3. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1993
BRASIL, **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.html. Acesso em : 10/03/2015.
BRASIL. **Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil.** Org: Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional, CEJIL; Associação Juízes para a Democracia, AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, ITCC et. al. Brasília, DF, 2007.
DOTTI, René Ariel. Bases alternativas para o sistema de penas. São Paulo, RT, 2013.
ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo. O direito ao trabalho em uma prisão feminina**. Dissertação Mestrado, USP, 2003.
FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Editora Vozes. Pretrópolis: 2014.
FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *In* **Teoria crítica no século XXI**. (Org. Jessé Souza e Patrícia Mattos). São Paulo: Anablume, 2007.
FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; SOUZA, Lídio de. Mulheres encarceradas e espaço prisional: uma análise de representação social. **Revista psicologia**: teoria e prática, n., Vitória, 2003.
GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. 7ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.
LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
PERROT, Michele. **As mulheres ou os silêncios da história**. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 2005.
SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mães e Crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana.** Brasília: Ministério da Justiça, 2007.
SOARES, Bárbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras**: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
ZAFFARONI, E. Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. IN. BIRGIN, Haydée (org). *Las trampas del poder punitivo*. **El gênero del derecho penal**. Buenos Aires. Disponível em

SITES CONSULTADOS:

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.html. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

BRASIL, **Departamento penitenciário nacional**. Disponível em: http://www.depen.gov.pr.br. Acesso em 15 de abril de 2015.

BRASIL. Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7210.html. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil**. Org: Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional ; Associação Juízes para a Democracia; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-

Brasil-2007.pdf Acesso em 24 de outubro de 2014.

COLARES, Leni Beatriz Correia. **Tecnologias de gênero e confinamento feminino**. Disponível em:http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST11/LeniBeatrizCorreia.pdf. Visitado em 25 de outubro de 2014.

DOTTI, René Ariel. **A crise do sistema penitenciário**. Retirado do sítio: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf. Visitado em 19 de outubro de 2014.

FERNANDES, Luana. **A (in)visibilidade da perspectiva de gênero no sistema Penitenciário Capixaba**, Vitória, 2012. Disponível em :http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/8-A-(in)visibilidade-da-perspectiva-de-genero-no-sistema-Penitenciario-Capixaba. Acesso em 08 de abril de 2015.

MAIA, Fabio. **A privatização dos presídios como alternativa do caos**, Porto Alegre, 2010. Disponível em: http://www.libertarianismo.org/livros/fmopdp.pdfAcesso em 08 de abril de 2015.

MARCÃO, Renato. **Crise na execução penal.** Disponível em http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/08/2008/#3. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

RAMOS, Luciana de Souza. **Direitos sexuais e reprodutivos no cárcere em dois atos: maternidade e visita íntima.** Disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/256/Monografia_Luciana%20de%20Souza%20Ramos.pdf?sequence=1. Acesso em 14 de março de 2015.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

CAROLINA MARCUZZO VIEIRA

Análise indutiva da possibilidade do poliamor a partir da percepção histórica das relações homoafetivas.

Brasília/DF
2016/1

CAROLINA MARCUZZO VIEIRA

Análise indutiva da possibilidade do poliamor a partir da percepção histórica das relações homoafetivas.

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me Antônio Roger Pereira de Aguiar

Brasília/DF
2016/1

Ao meu avô, Santo Marcuzzo
(*in memorian)*

Aos meus pais, Beatriz e Eduardo, por todo o apoio e amor.

Aos meus irmãos Mariana e Vinícius, pela união e linda amizade.

Aos irmãos que a vida me deu, Janaína e João Eduardo, pelo incentivo constante.

Ao meu sobrinho Fabrício, amor da minha vida.

Ao meu orientador, prof. Antônio Roger, pela confiança e paciência.

À Deus, por mais esta conquista!

"(...) almejamos um mundo fundado em quatro liberdades humanas essenciais. A primeira é a liberdade de expressão — em todos os lugares do mundo. A segunda é a liberdade de toda pessoa adorar deus à sua própria maneira — em todos os lugares do mundo. A terceira é a liberdade de viver sem passar necessidade (...) em todos os lugares do mundo. A quarta é a liberdade de viver sem medo (...) em todos os lugares do mundo."

Franklin D. Roosevelt, 06 de janeiro de 1941

RESUMO

Poliamor é um termo dado à possibilidade de estabelecer múltiplos relacionamentos ao mesmo tempo, com a concordância e o tratamento igualitário entre todos os envolvidos. O objetivo do trabalho aqui exposto é fazer uma análise indutiva em relação à possibilidade do reconhecimento do Poliamor como entidade familiar. A partir de um apanhado histórico geral sobre as entidades familiares existentes, com ênfase no reconhecimento da união homoafetiva pelo Poder Judiciário, pretende-se mostrar a importância do reconhecimento dessa filosofia de vida como entidade familiar. Para abordar o tema foi pertinente analisar os princípios da afetividade, igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, norteadores da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4.277. Partindo da premissa que o Poliamor é um fato social lícito, a pesquisa pretende aduzir que tal modalidade de relacionamento merece proteção jurídica condizente no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa deste trabalho usou metodologia indutiva, descritiva e qualitativa, por meio de revisão bibliográfica em livros, sítios da internet, legislação pura, revistas e periódicos de circulação acadêmica. Constatou-se que é possível garantir a tutela do poliamor como entidade familiar, por meio de analogias e da interpretação constitucional, sendo o contrato de união civil a medida atual mais eficaz para conduzir esse novo modelo familiar.
Palavras-chave: Poliamor. Poliamorismo. União Homoafetiva. Afeto. Afetividade.

ABSTRACT

Polyamory is a term given to the possibility of establishing multiple relationships at the same time, with the agreement and the equal treatment of all involved. The goal here exposed work is to inductive analysis on the possibility of recognizing the Polyamory as a family entity. From a general historical overview of the existing family entities, with emphasis on the recognition of homosexual marriage by the judiciary, it is intended to show the importance of recognizing this philosophy of life as a family. To address the issue was relevant to analyze the principles of affection, equality, freedom, human dignity and legal certainty, guiding the decision of the Supreme Court in ADI n. 4,277. Assuming that the Polyamory is a lawful social fact, the research aims to add that such a relationship modality deserves legal protection befitting the Brazilian legal system. The research of this work used inductive, descriptive and qualitative methodology, through literature review in books, websites, pure legislation, magazines and periodicals of academic circulation. It was found that it is possible to ensure the protection of

polyamory as a family, through analogies and constitutional interpretation, and the civil union contract the most effective current measurement to drive this new family model.
Keywords: Polyamory. Poliamorism. Homosexual union. Affection. Affection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **8**

1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA **13**

1.1 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO 13

1.2 PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES 18

1.2.1 Entidades familiares implícitas e explícitas na Constituição Federal 20

1.3 DA UNIÃO ESTÁVEL AO DIREITO HOMOAFETIVO 25

2 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR **30**

2.1 O AFETO COMO FATOR DETERMINANTE NA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA 30

2.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À UNIÃO HOMOAFETIVA 33

2.2.1 Princípio da Igualdade 35

2.2.2 Princípio da Liberdade 37

2.2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana 38

2.2.4 Princípio da proteção à Segurança Jurídica 40

2.3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO – ADPF N° 132 E ADI N° 4277 42

2.4 OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO 44

2.5 A PROBLEMÁTICA DO RECONHECIMENTO DO POLIAMOR 46

3 TEORIA DO POLIAMOR **48**

3.1 POLIAMOR: CONCEITOS E PECULIARIDADES 48

3.2 O DIREITO DO POLIAMOR 51

3.3 POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO POLIAMOR COMO ENTIDADE FAMILIAR 54

CONSIDERAÇÕES FINAIS **59**

REFERÊNCIAS ..... ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

Introdução

O estudo proposto por esta monografia tem como objetivo principal fazer uma análise indutiva acerca da possibilidade da existência do poliamor no convívio social brasileiro, partindo de uma abordagem histórica das relações entre pessoas do mesmo sexo, bem como as consequências fáticas que essa possível realidade social traz para a sociedade. Os demais objetivos giram em torno dos conceitos de união estável homoafetiva, poliamor e união poliafetiva, a fim de demonstrar pertinência e necessidade no reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar, apesar do princípio da monogamia ainda estar deveras arraigado na sociedade moderna.

Faz-se importante comentar que a análise indutiva é aquela em que as conclusões são prováveis e gerais, a partir de premissas individuais, ou seja, é fundamentada na experiência e constatada a partir da observação de casos concretos confirmadores dessa realidade.

Uma das motivações para o desenvolvimento deste trabalho gira em torno da omissão do Pode Legislativo em positivar questões importantes e pertinentes quanto ao direito de família, principalmente relacionadas com grupos minoritários, como por exemplo, a ausência de legislação específica para a união homoafetiva, apesar de já existir o reconhecimento desta como entidade familiar, assim como para as novas entidades familiares existentes, ainda não reconhecidas pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o estudo apresenta como problemática a falta de proteção jurídica em relação às uniões poliafetivas, o que acarreta notáveis efeitos sociais, patrimoniais, e também, previdenciários, seja em decorrência da morte de um dos envolvidos, da dissolução da união e até da própria convivência dos envolvidos na sociedade.

A metodologia utilizada para a realização do trabalho foi eminentemente documental por meio de pesquisas à doutrina, legislação, artigos jurídico-científicos, decisões de tribunais, com ênfase no Supremo Tribunal Federal (STF), com caráter descritivo e explicativo, aplicando-se o método indutivo para chegar aos resultados.

O direito é considerado uma ciência social aplicada, e como tal, é formado por diversos fatos sociais que, à medida que vão alcançando maior importância em uma determinada sociedade, maior também será a necessidade de uma regulamentação jurídica para aquele fim.

O fato social denominado união homoafetiva não é uma singularidade da sociedade moderna, ou seja, há registros históricos bastante antigos acerca da existência da união homoafetiva em vários lugares do mundo. Mas, paradoxalmente, ainda nos dias atuais, surge como assunto polêmico, enfrentando diversas barreiras, que aparecem, muitas vezes, devido à questões políticas.

No Código Civil de 1916 o legislador abordou que a formação de uma família legítima dependeria do casamento entre um homem e uma mulher, enfatizando, em seu artigo 233[30], que a mulher ocupava posição inferior na hierarquia familiar. Assim, as uniões diferentes daquela descrita, como as não formalizadas com o casamento, sofriam ostensivo preconceito perante a sociedade da época, bem como os filhos provenientes destas relações. E a jurista e doutrinadora Maria Berenice Dias ratifica tal abordagem:

> "A sacralização do casamento e a tentativa de sua mantença como única estrutura de convívio lícita e digna de aceitação fez com que os relacionamentos chamados de marginais ou ilegítimos, por fugirem do molde legal, não fossem reconhecidos, sujeitando seus atores a severas sanções". (2012, p. 41).

A Constituição Federal trouxe consigo um novo conceito de entidade familiar, a partir do qual reconheceu a união estável entre homem e mulher como um instituto suscetível de proteção proveniente do Estado. Mas além de ser meramente exemplificativo, o enunciado do artigo 226, § 3.º da Constituição Federal[31] especifica expressamente que a união estável protegida em questão é aquela entre um homem e uma mulher, não fazendo referência à união homoafetiva. Diante disso fica a dúvida: pode-se dizer que o legislador omitiu-se propositalmente acerca das outras modalidades de união existentes na sociedade? Será que o propósito do legislador foi limitar a proteção do Estado apenas para o casamento e a união estável entre um homem e uma mulher? E as outras entidades familiares existentes, mas não

[30] "O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos".

[31] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 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. (Regulamento)
A matéria foi regulamentada pela Lei n.º 8971, de 29de dezembro de 1994 e pela Lei n.º 9278, de 10 de maio de 1996.

reconhecidas, como protegê-las?

Ainda há certa controvérsia no que tange a real intenção do legislador ao omitir no direito positivado outros modelos de entidade familiar.

Em 2002, quando entrou em vigor o atual Código Civil, constatou-se, mais uma vez, a omissão do Poder Legislativo em relação à união homoafetiva como entidade familiar, pois como código teve como um de seus objetivos a ampliação e a renovação de alguns direitos de família já ultrapassados, pareceu sensato adentrar no tema da homossexualidade, assunto tão discutido nos tribunais até então. Diante desse fato, restou clara a omissão intencional em não fechar tal lacuna normativa.

Contudo, apesar de todo esse embaraço, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm, satisfatoriamente, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Mas isso, ainda que seja uma medida acertada, em contrapartida abre espaço para outra reflexão: estaria o Supremo Tribunal Federal (STF) ou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) desrespeitando as reais intenções do legislador constituinte ao julgar casos considerando a união homoafetiva como entidades familiares?

Diante do exposto, nota-se que são muitas as indagações e ponderações acerca do tema proposto. Contudo, é preciso salientar que o trabalho aqui exposto não tem por objetivo o exaurimento do assunto, mas sim abrir espaço para novas reflexões e ponderações, além de mostrar que a realidade social em relação à convivência das pessoas dentro da entidade familiar e também em relação à formação das novas famílias vem mudando gradualmente.

O Capítulo 1 do presente trabalho pretende abordar os aspectos históricos das entidades familiares, passando pelos diversos modelos de família, até chegar ao reconhecimento da união homoafetiva. O início é marcado por uma evolução histórica do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando o conservadorismo dos tempos pretéritos até chegar ao liberalismo contido dos dias atuais. Trata de questões gerais acerca da sexualidade como algo inerente ao ser humano:

> A sexualidade integra a própria condição humana. É direito humano fundamental que acompanha a pessoa desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independe da tendência afetiva. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. (DIAS, 2007, p. 184)

Aborda também, de forma geral, o caminho percorrido desde o reconhecimento

positivado das uniões estáveis heterossexuais, até o reconhecimento, pelo Judiciário, das uniões entre pessoas do mesmo sexo sendo consideradas entidades familiares, então de fato e de direitos.

O capítulo 2 entra com profundidade na questão dos aspectos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, abordando o princípio da afetividade como determinante para fundamentar a existência dos novos conceitos de família, mesmo não estando explícito na Constituição Federal de 1988, além de destacar os princípios constitucionais que embasaram a decisão do Judiciário no reconhecimento da união homoafetiva como estrutura familiar, demonstrando que, a proteção da liberdade de orientação sexual e os próprios direitos homoafetivos derivados dessa escolha, devem ser tratados como direitos fundamentais do ser humano.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade também ganham destaque no desenvolvimento do capítulo, tendo em vista sua grande importância ao longo do tempo, por permitir que todo ser humano possa se autodeterminar como sujeito de sua própria existência.

Jorge Miranda ratifica esse ponto de vista ao versar sobre o assunto: "os direitos e garantias fundamentais podem, com efeito, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de alguma forma à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas". (2001, p. 82).

O desfecho do Capítulo 2 busca mostrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4277, como um marco no direito homossexual brasileiro, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a à união estável e chamando-a de família igualitária, por estar alicerçada nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O voto do Ministro Ayres Britto, relator de tais ações, deixou claro que o não reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e como união estável, seria uma afronta à Constituição Federal, configurando discriminação em relação à preferência sexual do ser humano.

Outra importante abordagem presente no Capítulo 2 gira em torno da inércia do Poder Legislativo no tocante à ausência de legislação em relação ao direito sucessório na união homoafetiva, bem como no reconhecimento da entidade familiar, quando composta por duas pessoas do mesmo sexo.

Diante de tantas mudanças que a sociedade vem enfrentando acerca da

homossexualidade e da formação de novas entidades familiares, mostrando uma realidade cada vez transparente e sedenta por reconhecimento e proteção jurídica, não resta dúvida que a discussão em torno da omissão legislativa é de extrema importância para a sociedade brasileira.

No tocante à omissão legislativa, Maria Berenice Dias revela a seguinte compreensão:

> O juiz desrespeita a lei e deixa de cumprir com o seu dever toda vez que nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei. Não se pode deixar de visualizar, nessa postura omissiva, nítida intenção punitiva, o que acaba chancelando injustiças e dando ensejo a enriquecimento sem causa. Não lhe cabe julgar as opções de vida das partes e chegar a resultado que se afaste da ética. Deve cingir-se a apreciar as questões que lhe são postas, devendo centrar-se, exclusivamente, na apuração dos fatos para encontrar solução justa. (DIAS, 2007, p. 187)

É preciso que as barreiras do preconceito ainda existentes na sociedade moderna sejam extintas permanentemente, para que o silêncio do Poder Legislativo seja quebrado, e as injustiças decorrentes dessa inércia não mais ocorram.

O último capítulo deste trabalho entra na questão da Teoria do Poliamor propriamente dita, com seus conceitos e peculiaridades, bem como, inclusive, com seus aspectos psicológicos e sociológicos pertinentes. Faz uma análise, partindo dos fatos e casos concretos, para mostrar a realidade social da existência dessa entidade familiar formada por três ou mais pessoas, além de apontar possíveis efeitos práticos e jurídicos decorrentes da falta do reconhecimento como entidade familiar.

As relações interpessoais vêm avançando com o passar dos anos, conferindo mais liberdade e autonomia de escolha às pessoas, em relação à orientação sexual, deixando pra trás antigos princípios que envolviam as relações pessoais. Mas, infelizmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência não conseguem acompanhar essas mudanças, principalmente relacionadas à concomitância de relacionamentos, deixando os envolvidos à mercê da própria sorte, sem a devida proteção legal.

E apesar de ser visto como uma prática que confronta a moral e os bons costumes da sociedade atual – visão totalmente preconceituosa – não se trata de relações promíscuas e desrespeitosas, mas sim de relações que se baseiam na afetividade e apreço mútuos, onde todos aceitam e conhecem as regras, com muita transparência e também com o intuito de formar família.

1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Trajetória histórica do conceito de família no direito brasileiro

Por ser considerada o alicerce da sociedade, bem como carregar consigo conceitos relacionados ao reconhecimento do afeto e à busca pela felicidade, a entidade familiar vem, a cada dia, recebendo maior proteção e importância do ordenamento jurídico brasileiro.

> A humanidade sempre se portou e se mostrou de forma aglomerada, tendo em vista a necessidade do homem de viver em comunidade. É psicologicamente difícil ao ser humano a vida segregada, sem compartilhamentos, sem trocas. E a partir desta junção de pessoas começaram a se formar as famílias. A ideia de família surgiu muito antes do Direito, dos códigos, da ingerência do Estado e da Igreja na vida das pessoas. (LOUZADA, 2009, p. 242)

A família possui uma importante função na educação das pessoas, pelo fato de desempenhar papel imprescindível na formação dos valores éticos e morais, necessários para uma boa convivência em sociedade.

Com o advento da globalização e das inúmeras mudanças no modo de pensar e de agir da sociedade atual, o conceito da palavra "família" e até mesmo o modo de construção familiar, vem sofrendo profundas modificações ao longo dos anos.

Antigamente, seguindo o cenário da Europa ocidental, predominava, no Brasil, a família patriarcal, constituída apenas pelos pais e seus respectivos filhos, onde o casamento era uma entidade indissolúvel formada exclusivamente entre um homem e uma mulher. A finalidade da constituição de uma família, à época, era meramente patrimonial, em que prevalecia a proteção em manter os bens pertencentes àquela determinada família nas gerações seguintes. Com isso, era muito comum que a sociedade da época incentivasse a geração de filhos, principalmente filhos homens, já que estes continuariam com o legado familiar. E quem não seguisse aos padrões de formação familiar, ou seja, o modelo ideal de família burguesa, sofria pesadas críticas, sanções e consequente afastamento do convívio social.

Sílvio de Salvo Venosa *apud* Friedrich Engels (2011, p. 3), ao comentar um trecho da obra sobre a origem da família, do século XIX, deixa claro que as relações ocorridas nas

famílias das civilizações primitivas não eram estritamente monogâmicas. As relações sexuais aconteciam livremente entre os membros da própria tribo (endogamia), fazendo com que muitas das crianças que ali nasciam não tivessem seus pais reconhecidos. Isto posto, pode-se afirmar que a família era originalmente matriarcal, já que as crianças eram criadas e educadas pelas respectivas mães.

Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 17), ratifica a certeza de ter havido tal liberdade sexual, mas afirma que naturalmente no decorrer da história os homens foram buscando relacionamentos com mulheres de outras tribos (exogamia), o que ficou marcado como o primeiro fenômeno contra a prática do incesto na sociedade.

No decorrer da história, a busca pela monogamia foi aos poucos se tornando cada vez mais constante e natural, devido ao impulso da sociedade em aumentar o poder paterno sobre a família, apesar de algumas civilizações continuarem praticando relacionamentos poligâmicos.

A história do direito Romano no período da antiguidade revela a existência de um poder absoluto exercido pelo marido em relação à mulher e aos filhos, e também, que a única importância da formação de uma família seria a perpetuação do culto familiar. Os membros da família tinham uma forte ligação com a religião e o culto dos antepassados, que era regido pelo homem, chefe da família. Quando a mulher se casava, deixava de frequentar os cultos de sua família e passava a adorar e fazer oferendas aos deuses e antepassados do marido. (VENOSA, 2001, p.4)

Por muito tempo da trajetória da história familiar o verdadeiro propósito do casamento apresentava seu embasamento, ora no fator econômico de produção, ora no culto religioso aos antepassados, mas sempre longe de qualquer conotação afetiva.

O Cristianismo instituiu o casamento como sacramento religioso, enaltecendo o encontro espiritual entre marido e mulher, e repudiando a liberdade em relação às uniões.

Assim, Coulanges descreve com clareza a intenção do casamento à época, em que a família aparece de uma nova forma, com o casamento como obrigação religiosa e juridicamente existente:

> O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objetivo principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto domestico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto. (1958, v.1, p.69).

Sendo assim, mesmo com a extinção da família pagã e o casamento não mais ligado exclusivamente à questões religiosas, mas sim sob o aspecto jurídico, a família cristã ainda traz consigo, bastante enraizado, o caráter do culto religioso, mostrando o motivo pelo qual é considerada célula básica da igreja. (Teixeira, 1993, p.16)

A ciência do direito mostra com clareza a evolução temporal da entidade familiar e, consequentemente, do casamento, que passa a ter a intervenção do Estado em decorrência da sua regulamentação a partir do século XIX, por ser o fundamento da família.

Em virtude desse intervencionismo estatal a instituição do casamento fora criada com o enfoque de ser uma mera convenção social, criada para constituir vínculos interpessoais, além de forçar a monogamia impondo restrições à liberdade anteriormente vivida. (DIAS, 2011, p. 27).

Maria Berenice Dias descreve claramente a ideia de matrimônio da época:

> Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (2011, p. 28).

Todavia, tanto na primeira Constituição Federal, outorgada em 1824 por Dom Pedro I, quanto na segunda Constituição, promulgada em 1981, nenhuma referência em relação à instituição da família foi abordada. Mas a Constituição de 1891 fez, pela primeira vez, alusão ao casamento, reconhecendo apenas o casamento civil como válido[32].

De acordo com a interpretação de José Sebastião de Oliveira (2002, p. 25-26), as duas primeiras Constituições Brasileiras surgiram em meio ao constitucionalismo[33] liberal clássico, onde a predominância do individualismo e o caráter eminentemente político dos escritos apareciam como ideais destacados.

O Código Civil de 1916 [34], preparado com base na visão da sociedade européia da época,

[32] No art. 72, § 4° da Constituição da república dos estados Unidos do Brasil, de 1891 dizia: "A República só reconhece o casamento civil, que precederá sempre as cerimônias de qualquer culto"

[33] De acordo com Sérgio Resende de Barros (1995, p. 39): "O constitucionalismo foi um movimento jurídico-burguês, sob os auspícios ideológicos do liberalismo nascente, a pregar que todo Estado devia ter constituição escrita para, em combate à expansão absoluta do poder político, determinar a separação dos poderes do estado e assegurar a garantia dos direitos dos súditos".

[34] Compilado por Teixeira de Freitas, e posteriormente tendo como relator Clovis Beviláqua.

trouxe consigo características marcantes da Revolução Francesa, moldado pelos ideais do século XIX, com a incumbência de cuidar das relações patrimoniais.

Dessa forma, a versão original do Código Civil de 1916 trazia uma interpretação discriminatória do conceito de família, na medida em que limitava a sua formação apenas ao grupo originário, impedindo a dissolução do casamento e fazendo menção discriminatória às pessoas que se uniam sem o correto matrimônio, bem como aos filhos advindos dessas relações. De acordo com Dias (2011, p. 30), "as referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos".

O Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962) surge como resposta à expressiva mudança do conceito de família, mostrando a necessidade de novas legislações que acompanhassem tal evolução. Tal estatuto trouxe consigo uma ampliação dos direitos da mulher casada, dando-lhes capacidade plena, além de assegurar-lhes a propriedade exclusiva dos bens adquiridos pelo seu trabalho. (DIAS, 2011, p. 30)

A interpretação do conceito de família teve grande evolução e marcou o início de grandes mudanças com a chegada da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 2002.

Dessa forma, Gonçalves (2014, p. 24) faz uma sucinta comparação entre as visões antiga e moderna acerca do assunto:

> O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação.

Os princípios de igualdade, liberdade e fraternidade, marcados pela Revolução Francesa e trazidos, desde o Código Napoleônico, como influência marcante no Código Civil de 1916, dão espaço a uma nova tríade de princípios com a chegada da Constituição Federal de 1988, sendo eles, a autonomia privada de contratação, o solidarismo constitucional e o principio da isonomia.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o ser humano assume um novo lugar, sendo compreendido pelas suas próprias vontades e tendo direitos e deveres resguardados por um ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 dilatou o conceito de família e passou a tratar de forma igualitária homens e mulheres, protegendo os membros da família e dando equidade aos filhos

adotados ou concebidos fora do casamento. Além disso, reservou igual proteção às famílias constituídas por união estável, bem como àquelas constituídas por apenas um dos pais e seus filhos, chamadas monoparentais. Essas significativas modificações acabaram revogando inúmeras leis ainda em vigor na época, fazendo com que o Código Civil fosse preterido como lei fundamental do direito de família. (DIAS, 2007, p. 30-31)

Assim, fica evidente o estabelecimento do direito civil constitucional a partir de 1988, marcando significativas mudanças em relação à valorização da pessoa humana como centro do direito civil, fazendo com que o patrimônio atuasse como coadjuvante.

Segundo Orlando Gomes (1984, p. 21-22), a evolução do instituto familiar passou por três fases históricas bastante diferentes, onde a primeira, chamada por ele de pré-industrial, era caracterizada pela produção de subsistência, em que a família consumia tudo aquilo que produzia, definindo a casa como um centro de produção doméstica, e chefiada pelo marido em todos os aspectos. A revolução industrial caracteriza o início da segunda fase, marcada pela substituição da atividade doméstica produtiva pela produção fabril, onde as crianças e mulheres trabalhavam lado a lado com os homens. A terceira fase, caracterizada pelo capitalismo avançado, mostra uma clara preocupação com o consumo, principalmente no que diz respeito à satisfação das necessidades cotidianas dos membros da família, como educação, lazer e alimentação.

O Código Civil que vigora atualmente, apesar de ser datado como sendo de 2002, teve a sua formulação em 1975, o que mostra ter tramitado no Congresso Nacional em um momento anterior à promulgação da Constituição Federal. Dessa forma, o Código Civil de 2002 absorveu as legislações esparsas que foram surgindo com o passar do tempo contendo modificações em relação ao direito de família.

Assim, Maria Berenice Dias admite que "o novo Código, embora bem-vindo, chegou velho", e ratifica:

> Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, numa vã tentativa de preservação do casamento. (2011, p. 30).

Com esse breve apanhado a respeito do histórico evolutivo da entidade familiar, infere-se que em decorrência das transformações sociais advindas dos diversos tipos de

relacionamentos humanos, o Estado se viu impelido a criar medidas jurídicas indispensáveis e necessárias ao bom desenvolvimento das famílias. O reconhecimento social dos vínculos afetivos fez com que as relações extramatrimoniais entrassem no ordenamento jurídico através dos princípios e jurisprudências, o que levou a Constituição Federal de 1988 a criar o conceito de entidade familiar. (DIAS, 2011, p. 33 - 34).

Desse modo, tomando como base a sociedade contemporânea, já é possível reconhecer e aceitar com maior flexibilidade uma concepção de entidade familiar mais ampla, pois se entende que há, em todo e qualquer relacionamento, além do vínculo familiar, igualdade de direitos e a presença muito evidenciada do princípio da afetividade.

1.2 Pluralidade das entidades familiares

O ordenamento jurídico brasileiro veio, ao longo dos anos, sofrendo lentas e significativas mudanças na intenção de transformar a história. Ao entender a necessidade da realidade vivida, procurou reconhecer a existência da pluralidade familiar, pela humanização, democratização e aceitação das famílias, principalmente às que viviam às margens do reconhecimento perante a sociedade.

Como já mencionado, o conceito de família, também passou por transformações de caráter ampliativo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, alterando as ultrapassadas normas, mostrando inovação ao dar legitimidade às famílias advindas da monoparentalidade e da união estável, e proibindo, no artigo 227, § 6º da Constituição Federal[35], proibindo qualquer tratamento de caráter discriminatório em relação aos filhos. Assim, ao interpretar as decisões até aqui fundamentadas, infere-se que a qualificação outrora usada em relação às famílias, como legítimas ou ilegítimas, não mais se encaixa na nova visão sobre o tema.

No que tange o conceito de família, de acordo com Adriana Caldas Maluf constata-se que:

> [...] a palavra família deriva do latim *familia* que se origina de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família podia ser entendida como o *locus* onde reinava o *pater*,

[35] Constituição Federal de 1988, art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

> abrigando, em seu âmago, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos. (2012, p. 3)

Alguns autores, tradicionais acerca do Direito de Família, buscaram externar o conceito de família em diversas fases diferentes da pós-modernidade, como será abordado a seguir.

Clóvis Beviláqua, citado por Adriana Maluf (2012, p. 3) adota um conceito de família baseado na doutrina civilista, exaltando os valores tradicionais da família legítima:

> [...] baseada num plexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos, a relação entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela, sendo imprescindíveis para a existência do ato: a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei e o consentimento válido.

De acordo com a posição de Caio Mário da Silva Pereira, a entidade familiar é composta, tomando por base um sentido mais amplo, pelo casal, seus filhos, possíveis enteados, noras, genros e cunhados. É caracterizada pela diversificação, sugerindo uma grande semelhança com a concepção de família da *gens*[36] romana. (PEREIRA, 2010, p.23)

Na concepção de Orlando Gomes, a família deveria advir de um casamento válido, sendo, consequentemente, formada pelos cônjuges e seus filhos, baseada pelos preceitos da lei civil vigente. (GOMES, 1999, p.22)

Já Euclides de Oliveira entende esse conceito da seguinte forma: "como aquele lugar idealizado onde é possível a integração dos sentimentos, esperanças e valores, visando a realização pessoal do indivíduo". (OLIVEIRA, 2003, p.24)

Sílvio Venosa (2009, p.1) aborda a complexidade que tange tal conceito ao abordar a omissão do Código Civil de 2002 em relação à definição de conceito e finalidade para o instituto familiar. Para ele, família é:

> [...] um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito [...] assim o direito civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco.

Para Rui Geraldo Camargo Viana, a família pode ser entendida da seguinte maneira:

> [...] grupo de pessoas unidas por relação conjugal ou parental, permeada por afeto e interesses comuns, onde o homem inserido e protegido tem a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade e potencialidades. O conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família

[36] *Gens* - O conjunto de famílias, na Roma Antiga, que se encontravam ligadas politicamente a uma autoridade em comum, o "pai da gente" (*Pater Gentis*), e que usavam um nome em comum por se julgar descendentes de um antepassado comum.

> tradicional, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes informais, tendo em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas técnicas científicas, a tentativa da derrubada de mitos e preconceitos. (VIANA, 2000, p 26 a 39).

O entendimento da visão de família, nos dias atuais, encontra fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, III, da Constituição Federal[37], já que a entidade familiar deixa de lado a formalidade na sua formação, dando lugar aos aspectos socioafetivos necessários na construção da personalidade de seus membros. (MALUF, 2012, P.7)

A evolução no ramo do direito de família, também embasado pelo princípio da pluralidade das entidades familiares, reconhece a existência de novas modalidades familiares, alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, na valorização do amor e na presença do afeto.

No livro intitulado Manual de Direito das Famílias, Maria Berenice Dias cita Albuquerque (2001) ao expor que "o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares". (2013, p. 64)

Percebe-se, portanto, que o conceito tradicional de família foi estendido e que agora, há diversos modelos diferentes. Os novos arranjos familiares envolvem diversas formações diferentes, dentre as quais: família matrimonial, família formada em decorrência da união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, mosaico, pluriparental, anaparental, eudemonista e família paralela. A partir de tantos exemplos de modelos familiares realmente existentes, chega-se ao entendimento que, as pessoas que deles fazem parte, possuem uma vontade comum de serem aceitas e inseridas na sociedade, com a devida proteção ao ser humano. (MALUF, 2012, p. 6)

Atualmente, há um projeto de lei disciplinando essa questão mais a fundo, chamado de Estatuto das Famílias [38].

1.2.1 Entidades familiares implícitas e explícitas na Constituição Federal

[37] Constituição Federal – artigo 1°, III - 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;

[38] Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013.

A família denominada anaparental está cada vez mais comum na sociedade, ao passo que se define pela convivência entre duas ou mais pessoas, parentes ou não, que se unem em razão do afeto existente entre elas.

O prefixo "ana", de origem grega, denota o sentido de privação, como por exemplo, na entidade anaparental formada por duas irmãs, solteiras ou viúvas, que morem juntas e tenham um patrimônio em comum, a privação seria em razão da ausência dos pais. Nesta classificação também poderia estar inserida a pessoa que mora sozinha para que o bem de família por ela alcançado seja protegido legalmente, já que a Lei n° 8.009/90 não dispõe expressamente quantas pessoas devem compor a entidade familiar para que tal lei seja aplicada.

Este modelo de família vem disciplinado no artigo 69, *caput*, do Projeto do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei do Senado n° 470, de 2013): Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar. Dessa forma, Maria Berenice Dias informa: "A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental". (DIAS, 2007, p.46)

Dessa forma, a entidade formada por irmãos, que vivam juntos por muitos anos, sem a presença dos pais, onde o mais velho assuma as devidas responsabilidades que seriam dos pais, ajudando e orientando os demais irmãos, tanto no amparo material quanto no emocional, de carinho, afeto e cuidados, configurará em possível modelo de entidade anaparental. (KUSANO, p. 13).

Enfim, essa entidade familiar pode-se considerar inserida no conceito de família presente no art. 226 da Constituição Federal por dispor das seguintes características: a afetividade (como fundamento); estabilidade (excluindo-se os relacionamentos casuais, sem comunhão de vida); e a ostensibilidade (o que pressupõe uma unidade familiar que assim se apresente publicamente). (LÔBO, 2009, p. 66)

Outro tipo de família que vem ganhando espaço nos dias de hoje é a família pluriparental, que também pode ser denominada reconstituída ou família mosaico. Ela se caracteriza da formação de vínculos novos familiares advindos da ruptura de outros vínculos, agregando na mesma família os filhos concebidos nas relações anteriores, além daqueles que o novo casal tem em comum. Possui características bem marcantes, como a multiplicidade de vínculos e a interdependência.

Alguns problemas podem surgir com certa frequência, por envolver filhos de outros relacionamentos vivendo juntos, mas que tiveram criações e experiências de vida diferentes, bem como em razão das diversas expectativas quanto à conduta dentro da família, gerando momentos conflitantes. Além disso, a presença de um pai biológico vivendo longe, mas influenciando diretamente o filho, pode conturbar a convivência familiar (GIDDENS, A. Sociologia, p. 159).

A entidade familiar denominada eudemonista baseia-se na busca pela felicidade como fundamento de sua formação, carregando consigo aspectos da afetividade, ou seja, cuja possibilidade traga alegria e felicidade para seus membros, bem supremo da existência humana. [39]

Pode-se considerar que a família eudemonista decorrente da convivência entre indivíduos que pratiquem a solidariedade familiar mútua, por laços afetivos próprios, compartilhando despesas em comum, bem como, também, as alegrias e tristezas do quotidiano, como por exemplo, amigos morando juntos como se irmãos fossem (ANDRADE apud VIANNA, 2011, p. 13).

Na ótica de Maria Berenice Dias:

> Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram. (2009, p. 53-54)

A família paralela vai de encontro com o princípio da monogamia, que pode ser observado no aparato jurídico. De acordo com o Código Civil pode se caracterizar concubinato o relacionamento não eventual existente entre uma mulher e um homem, que estejam impedidos de casar[40]. Além disso, o artigo 1521[41] de tal Código dispõe que não podem se casar as pessoas que ainda estejam casadas. Mas como o termo concubinato, além de estar em desuso, pressupõe

[39] Analogia à noção aristotélica de "eudaimonia" ou felicidade humana. Todas as ações humanas visam uma finalidade com o propósito de obter um bem. Aristóteles considera o bem como uma finalidade própria do homem, que busca alcançar a felicidade (*eudaimonía*): [...] a felicidade é a vida plenamente realizada em sua excelência máxima. Por isso não é alcançável imediata nem definitivamente, mas é um exercício cotidiano que a alma realiza durante toda a vida. A felicidade é, pois, a atualização das potências da alma humana de acordo com sua excelência mais completa, a racionalidade (CHAUÍ, 2002. p. 442).

[40] Artigo 1.727 do Código Civil

[41] **Art. 1**.521 do Código Civil - Não podem casar: **VI** - as pessoas casadas.

a existência de apenas uma família, na família paralela existe a participação de um dos membros como cônjuge em mais de uma família.

De acordo com o pensamento de Maria Berenice Dias, as relações formadas de forma paralela ainda sofrem preconceito, recebendo alcunha pejorativa, permanecendo condenadas à invisibilidade. Infelizmente a tendência é não reconhecer a sua existência. Apenas se a mulher desconhecer essa duplicidade de vida do marido poderá discutir questões práticas no direito obrigacional, recebendo, assim, tratamento de sociedade de fato. As uniões que persistem por muito tempo, frequentemente com muitos filhos envolvidos e reconhecimento da sociedade, não possuem tutela perante o Estado (2007, p. 48).

De qualquer forma, "negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade" (DIAS, 2007, p.49).

A grande presença do fato social que aborda a questão da união estável, fez com que esse modelo familiar fosse reconhecido no ordenamento jurídico. E como já foi abordada anteriormente, neste trabalho, a união estável está amparada no artigo 226 § 3º da Constituição Federal.

União Estável é a relação entre um homem e uma mulher quando não apresentam impedimento para o casamento. Possui como característica marcante a informalidade, como regra, apesar de ser absolutamente factível a obtenção de um registro. No artigo 1.723, o Código Civil reconhece e a delimita essa condição:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
> § 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2o As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

A interpretação que pode ser extraída do Código Civil acima citado, em seu artigo 1.723, §1º, é que a relação de união estável existe entre aqueles que possuem casamento anterior não dissolvido formalmente, ou seja, aqueles separados de fato.

De acordo com Venosa (2008, p.37), existe uma exigência que a convivência entre o homem e a mulher não aconteça de maneira passageira e nem fugaz, convivendo como se marido e mulher fossem. Essas características a afastam de ser confundida com a união de fato.

A família monoparental descreve um modelo de família bastante comum na sociedade

moderna, formada pela relação dos filhos com apenas um de seus pais, em decorrência de diversas consequências sociais. Tal família vem disciplinada no artigo 69, §1º, do Projeto do Estatuto das Famílias[42]. Não há, portanto, disposição sobre essa família no Código Civil.

A partir da família unilinear monoparental surge a família unilinear, composta pela mãe e seus filhos advindos de técnicas de reprodução assistida. Este modelo vem ganhando espaço lentamente na sociedade, por ainda apresentar algumas limitações.

De acordo com os ensinamentos de Maria Berenice Dias, durante muito tempo, a sociedade tratava a monoparentalidade como uma espécie de fracasso pessoal, marginalizando as pessoas que resolvessem optar por essa situação, ou que tivessem chegado à ela por algum infortúnio da vida. Entretanto, hoje em dia, a escolha por esse modelo familiar é preferido por muitos em detrimento dos outros modelos existentes (DIAS, 2007, p. 193).

Quando houve o reconhecimento da união homoafetiva, muitas criticas foram feitas da parte de quem era contra tal decisão, mas, por outro lado, muitas pessoas que já viviam sob essa égide familiar, resolveram procurar o Poder Judiciário a fim de regularizar determinada situação. Os casais homoafetivos aspiravam conseguir os mesmos direitos alcançados pelo instituto da união estável, e assim o fizeram.

A incorporação jurídica da união entre pessoas do mesmo sexo na relação de entidades familiares está de acordo com a personificação do direito civil, como assim atesta Ana Carla Matos:

> O que importa, em verdade, é o enfoque personalístico da afetividade – da comunhão de vida, do exercício do ônus da criação dos filhos, da realização pessoal e do desenvolvimento da personalidade de seus membros -, podendo estar presente em diversas formas de constituição de família. Além disso, quando se enfoca a repersonalização do Direito Privado, preconizada por vários mestres, deve-se ter em mente, para se atingirem os objetivos prelecionados, uma preocupação voltada aos sujeitos de direito, numa perspectiva de pluralidade. (...)
> (...) a personificação do Direito para os sujeitos homossexuais só terá sentido de tutela existencial se não imposto, como único, o modelo heterossexual – tido como 'normal' pelo simples motivo de ser o mais verificado. "A igualdade na diferença relaciona-se com a necessidade de ser respeitada a dignidade da alteridade (MATOS, 2004, p. 17).

A união homoafetiva ganhou espaço e começou a ser uma realidade jurídica e social, encontrando fundamentação na afetividade e amparada pelos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Inserido em um mesmo contexto, isto é, na afetividade, tem-se a união poliafetiva, que

[42] O Projeto do Estatuto das Famílias a define no artigo 69, §1º: Família monoparental é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco.

será abordada com maior profundidade no capítulo 3 deste trabalho.

Adriana Caldas Maluf (2012, p. 241) explica que "os avanços biotecnológicos que o homem conheceu no último século, trouxeram à família, à filiação e ao amor, contornos próprios".

Assim, em meio a todo esse contexto, aufere-se que a valorização do afeto e do amor, nos tempos modernos, marca uma profunda mudança de pensamento e abordagem da sociedade e de suas variadas instituições.

De acordo com a autora, é substancial que sejam fixados limites éticos com base na dignidade da pessoa humana e na preservação da moralidade e da ordem, a fim de evitar o retrocesso social e jurídico, com normas não pautadas pelo afeto e pelo amor.

1.3 Da união estável ao direito homoafetivo

Apesar da rejeição do Poder Legislativo em regulamentar as relações extramatrimoniais, é fato que os vínculos afetivos formados fora do casamento são práticas comuns e que sempre existiram. Isso ficou claro ao verificar a excessiva proteção aos sagrados laços do matrimônio com a chegada do Código Civil de 1916. Além de ter havido omissão na regulação das relações extramatrimoniais, proibiu que as concubinas fossem beneficiadas no testamento e também que tivessem o direito a receber doações (DIAS, 2007, p. 155).

Mas em decorrência da evolução das práticas e costumes da sociedade, além da grande quantidade de demandas judiciais neste sentido, a justiça começou a reconhecer a existência das sociedades de fato entre os companheiros, considerando-os sócios, para que numa futura lide pelo patrimônio em comum, a mulher tivesse assegurado seu real direito.

Em 1964, ao elaborar e publicar a súmula n. 380[43], o Supremo Tribunal Federal, abordou um assunto delicado acerca do concubinato, o qual envolvia partilha de bens. As relações extramatrimoniais no Brasil eram uma realidade evidente, e a inovação jurisprudencial a esse respeito foi de suma importância no tocante aos efeitos decorrentes dessas uniões.

É importante lembrar que o concubinato nunca foi tipificado como crime no Brasil, mas por outro lado, jamais foi considerado algo aceitável perante a sociedade, nem tampouco reconhecido como algo que se assemelhasse a uma família.

[43] Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Entretanto, a relação concubinária perdurou por anos sendo considerada responsabilidade do direito das obrigações. As demandas desse contexto continuaram sendo resolvidas nas varas cíveis, não demonstrando avanço algum. E Maria Berenice Dias enfatiza esse fato a seguir:

> Mesmo quando a Constituição inseriu no conceito de entidade familiar o que chamou de "união estável", houve resistência em migrar as demandas para o âmbito do Direito das Famílias. Apesar dos protestos da doutrina, as uniões continuaram sendo vistas como sociedades de fato e julgadas segundo o Direito das Obrigações (2012, p. 42).

Em 1977 entrou em vigor a Lei nº 6.515, com o objetivo de regulamentar os casos de dissolução da sociedade conjugal e também do casamento, assim como seus efeitos e correspondentes processos. Após esse grande triunfo, muitos casais já separados, mas não divorciados de fato, e vivendo à margem da lei, começaram a procurar o judiciário com o intuito de reivindicar seus direitos.

Com a Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ter espaço e reconhecimento expresso no ordenamento jurídico brasileiro como entidade familiar, como bem dispõe seu artigo 226, § 3°: Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 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.

Nesse sentido relata Sílvio Rodrigues:

> Com a evolução dos costumes, as uniões extramatrimoniais acabaram merecendo a aceitação da sociedade, levando a Constituição a dar nova dimensão à concepção de família e introduzir um termo generalizante: entidade familiar. Alargou o conceito de família, passando a proteger relacionamentos outros além dos constituídos pelo casamento. Emprestou juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade (1979, p. 258).

Alguns anos depois, veio a Lei 8.971 de 1994, com o objetivo de regulamentar a norma constitucional citada anteriormente, em relação aos direitos dos companheiros. A norma especificou em seu artigo 1°, que a companheira de um homem solteiro, separado, divorciado ou viúvo, que, comprovadamente vivesse com ele há mais de cinco anos, ou dele tivesse filhos, teria alguns direitos resguardados, de responsabilidade desse companheiro, enquanto não constituísse nova união e desde que provasse a necessidade.

Salienta-se, entretanto, que a Lei nº 8.971/94 não deixou claro se essa união seria ou não

considerada matrimonial. E, de acordo com Maria Berenice Dias, "a dificuldade de as relações extramatrimoniais serem identificadas como entidades familiares revela a tendência de sacralizar o conceito de família". (2012, p. 42)

Em 1996 entrou em vigor a Lei nº 9.278 que aumentou e evoluiu um pouco mais o conceito de união estável, deixando pra trás a exigência dos cinco anos de convivência e acolhendo as relações entre pessoas separadas de fato. Dispôs em seu artigo 1° [44] que bastava ter uma convivência duradoura, pública e contínua, além do objetivo em comum de constituir família, para que a entidade familiar fosse reconhecida. Os artigos 8° [45] e 9° [46] desta lei também confirmam esse alargamento na área de compreensão deste novo conceito, estabelecendo regras para quando a união estável fosse convertida em casamento.

Washington de Barros Monteiro aborda a importância da Lei nº 9.278/96, que chegou para regulamentar o disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal:

> [...] reconheceu, como entidade familiar, a convivência duradoura pública e contínua de um homem e uma mulher com a finalidade de constituição de família, estabelecendo direitos e deveres de cunho pessoal e patrimonial aos conviventes, a presunção de que os bens adquiridos, a título oneroso, na constância da união estável, são fruto do trabalho e da colaboração comum dos companheiros, passando a pertencer, em partes iguais, a ambos, salvo estipulação contratual em contrário, e o direito real de habitação convivente sobre o imóvel destinado à residência da família, em caso de morte do companheiro. (Monteiro, 2007, p. 40)

A chegada do Código Civil brasileiro em 10 de janeiro de 2002 representa um grande avanço no ordenamento jurídico, especialmente ao que tange o direito de família. O código revogou as legislações anteriores concernentes à união estável, fazendo com que o assunto fosse abordado de maneira mais completa. Entretanto, resolveu manter o artigo 9º da Lei nº 9.278/96 [47] ainda em vigor, por não mencionar o assunto no código novo, mantendo as Varas de Família como competentes em relação aos litígios correspondentes.

O Código Civil de 2002 retratou o assunto da união estável em seu Título III, dentro

[44] Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.
[45] Art. 8° Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.
[46] Art. 9° Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.
[47] Art. 9° da Lei nº 9.278/96: Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

de cinco importantes artigos, sendo eles, do 1.723 ao 1.727 [48]. Após algumas emendas, tais dispositivos reconheceram a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar, desde que tenham intuito de construir uma família, e que fique configurada a convivência contínua, duradoura e pública.

No Código Civil de 2002, em seu texto inicial, era exigido um prazo de cinco anos de relacionamento para que a união estável fosse reconhecida, sendo que este prazo cairia para três anos caso houvesse filho em comum (RIZZARDO, 2011, p. 829).

A união entre pessoas de mesmo sexo sempre foi encarada de forma preconceituosa pela maioria da sociedade. Enquanto isso, por outro lado, comunidades, instituições, doutrinadores e juristas que eram a favor desse reconhecimento, buscavam, incansavelmente, mostrar que essa realidade existia de fato e, consequentemente, alcançar o direito à equiparação em relação à união estável.

O reconhecimento passou por diversas fases até ascender ao marco histórico que foi o julgamento da ADI 4277 em maio de 2011, pelo Supremo Tribunal Federal. Tal ação tinha como objetivo a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, além de postular, inclusive, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas.

Muitos líderes religiosos foram contra essa decisão, alegando que os dogmas religiosos estavam sendo feridos, ao passo que a real família é aquela constituída pelo casamento entre um homem, uma mulher e seus respectivos filhos, que buscam a felicidade no seio conjugal. Entretanto, o judiciário não está prescrito a julgar seus casos conforme os ditames religiosos, mesmo porque, o julgamento em questão estava totalmente amparado pelos princípios

[48] Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.
Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.
Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.
Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.
Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

constitucionais da dignidade da pessoa humana [49] e da igualdade [50].

Em meio à relatoria do Ministro Ayres Britto, ficou legitimada a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à união homoafetiva, bem como o alargamento do conceito de entidade familiar.

Nesse sentido, resta claro que a união homoafetiva, por meio da interpretação do Supremo Tribunal Federal, foi equiparada à união estável. Assim, é preciso que a sociedade abra os olhos e aceite as novas concepções de entidade familiar, sustentadas pelo afeto, que estão chegando, e também para aquelas que ainda chegarão.

[49] Constituição Federal - 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;

[50] Constituição Federal - Artigo 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.

2 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

2.1 O afeto como fator determinante na concepção de família contemporânea

Nos dias de hoje, em razão das novas concepções, conceitos e acontecimentos que envolvem o direito de família, a questão relativa ao afeto tem chamado bastante atenção para a mudança que vem gradativamente ocorrendo na sociedade como um todo. As famílias modernas, em suas diversas formas e peculiaridades próprias, como descritas no capítulo anterior, almejam o reconhecimento de suas condições no ordenamento jurídico, a fim de conquistarem os mesmo direitos alcançados pelos núcleos familiares expressamente presentes na Constituição Federal de 1988, como a família monoparental e a união estável.

Pode-se auferir, portanto, que o que caracteriza e identifica uma família atualmente, inclusive sob o aspecto jurídico, é a relação de um vínculo afetivo existente, onde as pessoas que as formam tenham propósitos e projetos de vida em comum, gerando, assim, cuidado e comprometimento mútuo.

A família de hoje não se prende mais aos parâmetros engessados de algum tempo atrás: casamento, sexo e procriação, ou seja, não é a celebração de um casamento entre duas pessoas de sexos opostos que leva à formação de uma entidade familiar. (DIAS, 2007, p.40)

Como tratado no capitulo anterior, a Constituição Federal de 1988, em sua nova interpretação, ampliou o conceito de entidade familiar, fazendo com que os princípios pertinentes ao direito de família ganhassem grande destaque e importância no âmbito jurídico brasileiro. Assim, como muitos desses novos princípios estão implícitos no ordenamento jurídico, faz-se necessário reconhecer seu imprescindível papel como norma a ser interpretada e destacar que o interprete precisa utilizar esses princípios em sua decisão, pois a norma, muitas vezes, "fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido". (BARROSO, 2011, p.331)

E para colocar em prática essa nova interpretação em relação à entidade familiar, é preciso reconhecer e comprovar que a união entre as pessoas decorre de um forte vínculo afetivo. A partir daí se forma esse novo paradigma da entidade familiar no ordenamento

jurídico brasileiro. Mas como comprovar a existência de um vínculo tão abstrato e subjetivo? Seria possível conceituar ou até mensurar o afeto existente nas uniões interpessoais? Muitos doutrinadores se arriscam em conceituá-las e pesquisam cada vez mais a fundo o fenômeno da afetividade, a fim de alcançar um ponto de partida comum e assim, facilitar nas futuras decisões dos magistrados.

Ao analisar sob um aspecto menos técnico, verifica-se que conceituar a afetividade passa a ter um enfoque secundário. O que importa de fato é a vontade das pessoas de estarem juntas, construindo uma vida com objetivos comuns, em busca da felicidade e, assim, constituindo uma família. Isso fica evidenciado nas palavras de Rosana Fachin: "a nova família busca construir uma história em comum, não mais a união formal, o que existe é uma comunhão afetiva, cuja ausência implica a falência do projeto de vida" (2001, p.7).

No entendimento de Maria Berenice Dias, as pessoas, ao viver em sociedade, têm ficado cada vez mais tolerantes e liberais ao colocar em primeiro plano o sonho de ser feliz, deixando de lado as antigas estruturas engessadas. Consequentemente, a preservação da liberdade individual e do respeito mútuo vêm ganhando espaço nessa nova democratização dos sentimentos (2014, p.2).

Nessa linha de compreensão, Maria Berenice Dias é enfática: "nessa nova ótica, a traição e a infidelidade estão perdendo espaço. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante" (2014, p.2).

Assim, é imprescindível reconhecer que o afeto tornou-se um componente nuclear para a caracterização da entidade familiar.

Nesse contexto, Sérgio Resende de Barros reafirma que é o afeto que define a entidade familiar, conjugando profundamente dois ou mais indivíduos em um relacionamento em comum. Porém, ao externar sua posição quanto ao conceito, o autor mostra uma visão mais restrita acerca do tema:

> Na realidade, o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso. Mas, embora o afeto conjugal entre marido e mulher seja a espécie mais relevante, não é a única espécie de afeto familiar

(BARROS, 2002, p.5-10).

Para Giselda Maria Hironaka, independentemente de ser uma relação de parentalidade ou de conjugalidade, o afeto surge como base da entidade familiar, também presente no motivo do desfazimento desses relacionamentos. E em seu artigo intitulado "Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família", a civilista retrata tal posicionamento:

> O afeto está na construção, mas deve estar também na ruptura relacional, resguardando as pessoas para além daquela dose certamente incontrolável de sofrimento que não se pode impedir. E os que estão encarregados de administrar o conflito devem estar comprometidos com o respeito a esse *afeto atávico*. Sem medo. Sem preconceito. Municiados da necessária *rede* – redonda, oval, quadrada, retangular... cada um sabe construir suas próprias redes, porque, afinal, elas não passam de *buracos amarrados por barbantes* – para alcançar também os peixes dourados (HIRONAKA, 2006, p.10-11).

Tendo em vista esse novo perfil da família, o lastro da afetividade ganhou enorme relevância no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando a necessidade de transformar tal instituto em um princípio constitucional implícito, o princípio da afetividade. Dessa forma, "a afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao *status* de família" (DIAS, 2009, p.129).

Desse modo, não seria apropriado, atualmente, basear-se em algum costume já existente, para condicionar a existência de uma família apenas no contexto homem, mulher e filhos. O direito está mostrando sua utilidade, mesmo que vagarosamente, através da sua capacidade de adaptação, juntamente com as mudanças sociais e a valorização do ser humano.

Apesar da legislação brasileira não amparar expressamente o princípio da afetividade, o Estado mostra e assegura em sua jurisprudência ampla proteção ao direito à entidade familiar, como demonstra Maria Berenice Dias:

> [...] ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual. (DIAS, 2009, p. 69)

A relevância do princípio da afetividade resta clara para o mundo jurídico e a necessidade do reconhecimento da formação da entidade familiar, sob esse prisma, vai além da convivência cotidiana. É importante mencionar que toda união com o intuito de construir uma família gera efeitos patrimoniais, sucessórios e até previdenciários entre os conviventes. Assim,

em decorrência desses efeitos, que ainda pouco se sabe, mas que são evidentes, surge a necessidade de criação de uma legislação específica que traga segurança jurídica.

A afetividade, além de possuir um traço jurídico, também apresenta aspectos psicológicos e sociológicos marcantes. A característica psicológica da afetividade, segundo Gallino, envolve a forma como a pessoa se relaciona com a vida e com as outras pessoas, ou seja, seu estado de ânimo, suas emoções e sua capacidade de enfrentar o mundo. O caráter sociológico da afetividade, de acordo com o autor, compreende:

> [...] todos os processos psicossociais que influem sobre o estado contingente e sobre as modificações da personalidade dos membros da família, num determinado estágio da socialização. Enquadram-se aqui as relações sexuais e as relações amorosas; os sentimentos induzidos pelas relações entre cônjuges, pai-filhos (as), mãe-filhos (as), irmão-irmã, etc.; os mecanismos de controle social sobre o comportamento dos membros, dentro e fora da família, sobretudo no que se refere aos contatos com membros do outro sexo (tabu do incesto, repressão ao adultério); os processos patogênicos que se originam da dinâmica do grupo familiar; a natureza e a intensidade da afeição entre os cônjuges, entre pais e filhos, entre os membros da geração mais nova e os anciãos; os processos de alívio das tensões que derivam das relações sociais extrafamiliares; as maneiras de utilizar o tempo livre. (GALLINO, 2005, p. 305)

Isto posto, mesmo sendo complicado adentrar na questão subjetiva da escolha de cada um, é dever do Direito mostrar cuidado e sensibilidade aos assuntos da afetividade, como expõe o Ministro Luís Roberto Barroso:

> [...] as relações entre pessoas do mesmo sexo apresentam os requisitos apontados por toda a doutrina contemporânea como essenciais para a caracterização de entidade familiar, que consistem na afetividade e na comunhão de vida. [...] a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre estas e o casamento. O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido. (BARROSO, 2011, p. 132)

O reconhecimento da afetividade como princípio norteador do direito de família, principalmente em relação aos novos modelos de entidade familiar, é um grande avanço e um marco para o direito brasileiro. A todos os indivíduos está assegurado o direito à igualdade, à liberdade, bem como viver de forma digna, independente das escolhas que faz quanto a sua opção sexual.

2.2 Proteção constitucional à união homoafetiva

Luís Roberto Barroso destaca: "o ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do pós-positivismo, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética". Nesse sentido, há um conjunto de novas ideias que caminham na direção de uma interpretação jurídica voltada para os valores, reconhecendo os princípios como normas, além da existência de uma teoria dos direitos fundamentais, pautada na dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais estão inclusos nos princípios, mas não como algo apenas subjetivo, mas como valores claros que devem ser aplicados para uma mais completa compreensão do direito. Isso faz dos princípios verdadeira expressão jurídica de valores. (BARROSO, 2011, p. 118)

Apesar de existir posição doutrinária defendendo uma interpretação restritiva em relação aos parágrafos 1°, 3° e 4°, do artigo 226 da Constituição Federal, externando que as únicas modalidades de entidade familiar amparadas pelo ordenamento jurídico seriam as descritas nos respectivos parágrafos – casamento, união estável e família monoparental – o caput do citado artigo menciona a palavra "família" como sendo gênero de várias espécies elencadas de forma exemplificativa na Carta Magna. E como os modelos familiares não apresentam rótulo e nem hierarquia, é dever do magistrado interpretar e identificar o modelo de família que será tutelado pelo Estado.

Dessa forma, a Constituição Federal, como norma de referência do ordenamento jurídico, deve servir como ponto de partida para a interpretação das demais normas e dos próprios princípios nela inseridos. Assim, à medida que a interpretação dos princípios norteadores do direito de família recebe um novo significado, faz gerar expressivos efeitos nas decisões posteriormente tomadas.

Assim destaca Marcelo Campos Guallupo, ao fazer referência à norma jurídica suprema quanto aos princípios existentes:

> A Constituição desempenha um papel especial quanto aos princípios no Estado Democrático de Direito. Apesar de não poder ser concebida como único repositório desses princípios, é dever dela, por excelência, indicar e preservar aqueles princípios reputados mais importantes pelos cidadãos por intermédio do representante constituinte sensível à sociedade. A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque todos eles são igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. (2002, p. 198)

"Todo princípio fundamental é norma de norma", assim expressou Paulo Bonavides. O ordenamento jurídico brasileiro é composto por uma gama de normas, que, apesar

de vigentes, podem ser bastante injustas se aplicadas num caso concreto. É nesse momento que entram os princípios, onde os magistrados e intérpretes do direito devem buscar soluções eficientes para garantir a segurança jurídica, pensando sempre nas consequências que aquela decisão irá trazer. (BONAVIDES, 2009, p. 365)

Nesse contexto fica evidente a importância dos princípios fundamentais na aplicação do direito, formulando decisões que se encaixam à realidade da sociedade, através de direitos invioláveis e irrenunciáveis direcionados à todos sem discriminação de qualquer espécie, carregando uma grande responsabilidade interpretativa.

Luís Roberto Barroso, em seu artigo, "Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil", aborda a importância e as características dos princípios fundamentais pertinentes ao assunto em questão:

> Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento magno da *igualdade*, a virtude soberana, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da *liberdade*, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, relembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional. Acrescente-se, ainda, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral. E, por fim, o princípio da *segurança jurídica*, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos. (BARROSO, 2011, p.118).

2.2.1 Princípio da Igualdade

Alguns estudiosos defendem a teoria de que a igualdade surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1979), como demonstrado em seu artigo 1°: "Os homens nascem livres e iguais em direitos". Em contrapartida, há quem reconheça que o princípio da igualdade apareceu expressamente tutelado no estado da Virgínia, nos Estados Unidos da América, em 1776, pelo *Bill of Rights*, de acordo com o seu artigo primeiro: "Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posteridade [...]".

A Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dispõe no caput do artigo 5º que, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", além de mostrar, no mesmo artigo, de forma expressa, a tutela do Estado em relação à igualdade e à

liberdade dos indivíduos. O artigo 3°, que elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, também retrata com clareza, em seu inciso IV, o princípio constitucional da igualdade, ao vedar expressamente qualquer tipo de discriminação relacionada com a orientação sexual de cada um.

Assim, o princípio da igualdade, apesar de parecer um tanto subjetivo, esta presente nas normas brasileiras de forma bastante específica, mostrando as pessoas não devem ser discriminadas e nem ter tratamento diferenciado devido à sua escolha sexual.

Mas Maria Berenice Dias revela que de nada adiantará ter tal princípio protegido no ordenamento jurídico, se ele não for colocado em prática pelos intérpretes do direito:

> Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos-alvo da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito. (2012, p. 43)

A doutrina aporta o princípio da igualdade como base para a interpretação dos demais direitos fundamentais, com a obrigação de ser largamente aplicado, objetivando a isonomia no tratamento dos indivíduos em relação à outorga dos direitos e deveres, ou seja, invalidando qualquer tipo de discriminação que o indivíduo possa receber, "deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo, mesmo que terminológica" (TARTUCE, 2010, p. 16).

O Ministro Luís Roberto Barroso explica de maneira pragmática as nuances da igualdade formal, ou seja, aquela igualdade vista perante a lei, citando cada operador do direito:

> A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da igualdade na lei – comando dirigido ao legislador – quanto para a igualdade perante a lei, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que a desigualdade seja produzida concretamente. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma corretiva, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição. (BARROSO, 2011, p. 121)

A utilização do princípio da igualdade, na prática, gira em torno da intenção de extinguir os efeitos prejudiciais perante a lei e à realidade social, bem como de acabar com a marginalização, enfrentando os preconceitos existentes com a finalidade primordial de erradicar as injustiças. (MELLO, 2011, p. 18)

Como visto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência são unânimes ao condenar qualquer tipo de ato discriminatório ou que cerceie a isonomia do indivíduo. Com a correta

aplicação do princípio da igualdade as diferenças entre as pessoas serão erradicadas e a sociedade ficará imune de um possível retrocesso.

2.2.2 Princípio da Liberdade

O princípio da liberdade vem fundamentar a autonomia privada do indivíduo, ou seja, embasado nele tudo que não é proibido é permitido. Portanto, enquanto as decisões e atitudes do ser humano não se chocarem com a norma positivada, ele terá o livre arbítrio para decidir o que é certo e o que é errado para sua vida, sem, é claro, prejudicar os demais.

De acordo com Daniel Sarmento em "Direitos fundamentais e relações privadas", a formação e o desenvolvimento da personalidade de um indivíduo estão diretamente ligados à manifestação de liberdade, merecendo proteção especial das instituições jurídicas. E nesse sentido, comenta o autor:

> "Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam". (SARMENTO, 2004, p. 241)

Em face desse princípio, os casais têm liberdade e autonomia para construir uma vida comum, escolher o regime patrimonial de bens, se deseja ou não ter filhos, administrar como bem achar melhor o seu lar, com exercício integral de sua dignidade e sem a intervenção estatal ou de qualquer outra instituição. E um exemplo disso é o artigo 1.565, § 2°, do Código Civil[51].

Como já abordado anteriormente, o artigo 5° da Constituição Federal, que trata das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, dispõe em seu caput[52], proteção também à liberdade de todos, sendo, portanto, considerada inviolável constitucionalmente.

Como a autonomia da vontade vem do princípio da liberdade, o não reconhecimento da possibilidade de uma pessoa escolher e viver sua opção sexual em todos os sentidos, seria uma privação a um aspecto importante da sua essência e existência. Se as relações

[51] Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.
§ 2o O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

[52] No caput do Art. 5º diz: 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 [...].

homoafetivas fossem excluídas do regime da união estável, não daria causa apenas a uma lacuna, a um espaço não regulado pelo Direito. Seria, na verdade, uma forma de impossibilitar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um grande número de pessoas, desvalorizando os seus projetos de vida e dos seus afetos, ou seja, fazendo com que a liberdade em relação às suas escolhas fosse mitigada. (BARROSO, 2011, P. 125).

Ao interpretar o princípio constitucional da liberdade, pode-se considerá-lo instrumento de apoio para o bom andamento da vida em sociedade, servindo de limitação para os excessos, abusos e arbitrariedades que o Estado possa vir a praticar no decorrer dessa vivência. Ademais, o Estado Democrático de Direito deve respeitar os princípios constitucionais, cuidando de sua adequação às normas vigentes e aplicando-os ao caso concreto.

Adentrando no campo da homossexualidade e analisando-a em paralelo com o princípio da liberdade, é possível encaixá-la perfeitamente na proteção dada pelo princípio. As pessoas são livres para escolherem sua opção sexual, independente do sexo do companheiro e de opiniões alheias, e da mesma forma escolher livremente o tipo de entidade familiar que deseja construir. Mas infelizmente a sociedade atual ainda discrimina a liberdade de escolha sexual.

Nesse contexto, Maria Berenice Dias, em seu escrito sobre a Homossexualidade, penetra no tema de forma precisa:

> Se alguém dirige seu interesse sexual a outra pessoa, ou seja, opta por outrem para manter um vínculo afetivo, está exercendo sua liberdade. O fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo ou de distinto sexo que o seu não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tal decorreria exclusivamente do sexo da pessoa que faz a escolha e que dispõe da liberdade de optar. O tratamento diferenciado por alguém orientar-se em direção a um ou outro sexo - nada sofrendo se tender a vincular-se a pessoa do sexo oposto ao seu ou recebendo o repúdio social por dirigir seu desejo a pessoa do mesmo sexo - evidencia uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual. (DIAS, 2000, p. 5).

Assim, o princípio da liberdade torna-se um instrumento eficaz e pertinente que permite a defesa dos direitos fundamentais, à medida que evita abusos e defende a liberdade de qualquer pessoa expressar sua opinião, mesmo que vá de encontro com o modo de pensar da maioria.

Por fim, percebe-se que o princípio da liberdade é um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito. Desse modo, a liberdade é posta como prioridade por toda a sociedade, demandando do Estado, meios dela ser aplicada, resguardando concomitantemente a proteção aos demais direitos fundamentais.

2.2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988, ao resguardar o direito à liberdade, à segurança, à igualdade, ao bem-estar e à justiça, em seu preâmbulo, está diretamente assegurando o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de implícito. Entretanto, o referido princípio encontra-se expresso no artigo 1º, III, da Constituição Federal [53].

Nesse contexto, Maria Celina Bodin de Moraes:

> Os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direitos fundamentais consubstanciadores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e a proibição a qualquer forma de discriminação impõem limites bastante demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, que, merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz. (MORAES, 2000, p. 97).

Demonstrando uma estreita consonância com o princípio da igualdade, acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, relata Ingo Wolfgang Sarlet que a conexão existente entre esses dois princípios já é consenso entre os doutrinadores e operadores do direito, refletindo no reconhecimento de uma livre orientação sexual, além da proteção jurídica às uniões homoafetivas e todas as consequências que daí decorre. (SARLET, 2005, p. 197-198).

Pode ser conceituado como qualidade intrínseca, pessoal e subjetiva do indivíduo, que por ter direito à dignidade, merece respeito e tratamento isonômico tanto por parte da sociedade quanto advindo do Estado. Há, portanto, uma gama de direitos e deveres inibindo possíveis ações desumanas ou degradantes. Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é caracterizada como:

> o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p.124).

De acordo com as ideias de Gagliano e Pamplona Filho, tal princípio "traduz valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade." (2013, p.76).

---

[53] 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.

A igualdade de tratamento dos diversos formatos de entidade familiar, em sua livre composição, remete prontamente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao direito de família. Sendo assim, fica clara a intolerância ao tratamento discriminatório aos novos modelos de entidade familiar. A família é um dos locais mais apropriados por fazer o princípio da dignidade da pessoa humana se desenvolver. Independentemente de sua origem, a Constituição Federal oferece proteção especial a esse princípio, pois à medida que as entidades familiares se multiplicam, preservando qualidades essenciais como o afeto, o respeito, o amor, a união, e a construção de um projeto de vida em comum, contribuem para o desenvolvimento social e pessoal dos indivíduos. (DIAS, 2010, p.63).

Em razão do princípio da dignidade da pessoa humana carregar consigo larga proteção à livre orientação sexual e, dessa forma, embasar o reconhecimento jurídico das pessoas do mesmo sexo, Luiz Edson Fachin assevera que "o direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado". (1997, p.115).

O indivíduo não deve ser tratado como mero instrumento ou coisa simplesmente porque escolheu uma orientação sexual diferente daquela aceita pela sociedade como correta, mas sim pela sua condição de ser humano merecedor de respeito e dignidade. Nesse contexto, Ana Carla Matos evidencia a estreita relação entre a dignidade e a livre arbítrio em relação à opção sexual:

> "Há de se reconhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianeidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana". (MATOS, 2001, p. 150).

A Constituição Federal mostra explicitamente que o princípio da dignidade da pessoa humana reproduz a ideia do Estado democrático de direito, por tutelar ideias socialmente solidárias, e demonstrar real preocupação com o respeito ao ser humano, tornando-o foco das intempéries jurídicas.

2.2.4 Princípio da proteção à Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica encontra sua fundamentação na necessidade da existência de previsão e certeza do direito no Estado Liberal, abarcando a proteção da confiança. (CANOTILHO, 2003, p.109). Tal princípio foi inserido na Constituição Federal como direito fundamental, encontrando-se disposto no inciso XXXVI do art. 5º: "a lei não prejudicará o

direito adquirido, o ato jurídico perfeito a coisa julgada", no capítulo dos direitos individuais e coletivos.

A segurança jurídica, em relação ao indivíduo, garante que as consequências e efeitos jurídicos dos seus atos sejam previstos, motivo que fez surgir a proteção da confiança. Já em relação à estruturação do estado presente na Constituição, a segurança jurídica tem a atribuição de garantir a previsibilidade dos atos provenientes dos três poderes e também dos órgãos. (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Utilizado, principalmente, nas fundamentações basilares que posteriormente chegaram ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, o princípio da segurança jurídica foi bastante citado pelo Supremo Tribunal Federal, durante a discussão da ADPF n. 178:

> [...] uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de grave intranquilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E tal situação ocorre com a união entre pessoas do mesmo sexo, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada inclusive por decisões judiciais conflitantes (STF, ADPF n.178, p. 26-27).

Como disposto também no texto da ADPF n. 178, a ausência de um regime jurídico específico tutelando essas novas entidades tende a causar insegurança jurídica não apenas para os homossexuais, envolvidos diretamente na controvérsia, mas também causam insegurança aos terceiros de boa-fé que:

> [...] celebram negócios jurídicos com quaisquer dos membros da união também são atingidos por esta insegurança jurídica, na medida em que podem surgir, por exemplo, dúvidas sérias sobre a extensão da responsabilidade de cada companheiro por dívidas contraídas por um deles ou pelo casal, ou ainda incerteza sobre a validade de determinados atos jurídicos praticados por um companheiro sem o consentimento do outro, como fianças e alienação de bens do patrimônio comum. (STF, ADPF n.178, 2009 p. 27).

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a segurança jurídica constitui importante papel para a consolidação da paz social, incidindo como elemento interpretativo das normas existentes e trazendo estabilidade nas relações jurídicas. Nesse sentido, excluir as relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem colocar outro regime específico aplicável ao caso, ensejará, indubitavelmente, um momento de insegurança jurídica.

> As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu 'enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer:

> criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade. (BARROSO, 2011, p.128).

Esse princípio somente terá eficiência almejada, no caso das uniões homoafetivas, se reunir um ambiente jurídico favorável e estável para os envolvidos, onde haja previsibilidade das consequências das decisões judiciais, com a correta utilização e interpretação dos princípios e normas que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 Posicionamento jurisprudencial brasileiro – ADPF n° 132 e ADI n° 4277

Em cinco de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277, antes ADPF n. 178, a respeito da união entre pessoas do mesmo sexo ser considerada, para todos os seus efeitos, equivalente à união estável.

A ADPF n. 132 foi ajuizada em 2008, pelo então governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, fundamentando que o Estatuto dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei n. 220/1975) seria inconstitucional por dispor acerca da improbabilidade de equiparação da união homoafetiva à união estável. Já a ADI n. 4.277/2009, antes ADPF n. 178, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, requereu que houvesse o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, além da sua equiparação à união estável. (DIAS, 2011, p.202).

Um dos fundamentos do julgamento girou em torno da aplicação do artigo 1.723 [54] do Código Civil de 2002, conforme os preceitos e princípios da Constituição Federal, com o propósito de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a à união estável heterossexual, partindo das mesmas regras e consequências da união estável, já expressa constitucionalmente. Outro argumento que sustentou o propósito do ajuizamento da ação foi a realização de uma interpretação mais ampliada do vocábulo "família", disposto no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal.

Perante esse cenário, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acatou os anseios

[54] Art. 1723 - "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

das ações descritas acima e reconheceu a união homoafetiva como nova unidade familiar, equiparando-a com a união estável. Diante da omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal utilizou a analogia para equiparar a união homoafetiva à união estável, como entendimento jurisprudencial. (DIAS, 2011, p. 207).

O Ministro Ayres Britto, relator da ADI 4.277, comentou que não há expressamente na Constituição nada que proíba as relações homoafetivas, e que por isso, "tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado está juridicamente permitido", como dispõe o artigo 5°, inciso II da Constituição Federal. Em continuidade com seu voto, o ministro expôs que a orientação sexual de cada um é um direito fundamental e também um bem de personalidade fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como consta no artigo 1°, inciso III da Constituição Federal. (STF, ADI n.4.277, 2011, Voto Min. Ayres Britto, p. 641). Abordou ainda que, assim como homem e mulher devem ser tratados de forma igualitária, da mesma maneira deve ser o tratamento entre os homoafetivos, pois seria considerado preconceito qualquer postura diversa. (STF, ADI n.4.277, 2011, Voto Min. Ayres Britto, p. 649).

Dessa forma, utilizando a "interpretação conforme à Constituição", o relator, Ministro Ayres Britto, fundamenta:

> [...] a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). (ADPF n. 4.277, p. 644).

Convencido de que a Constituição proibiu expressamente o preconceito em razão da escolha sexual e que, intencionalmente, não dispôs sobre como a sexualidade humana deveria ser utilizada ou vivida, deixou que a autonomia da vontade de cada ser humano fosse responsável por essa escolha, constituindo-se em direito subjetivo e potestativo, igualmente como as liberdades individuais clássicas que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade. (Ministro Ayres Britto, ADI n. 4.277, p. 638-639).

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, fez uma breve resenha do conceito de família passando pelas constituições de 1937, 1946 e 1967, e constatando que todas vinculavam o vocábulo ao instituto do casamento. A chegada da Constituição ora vigente fez com que essa vinculação da família ao casamento fosse rompida, surgindo outros tipos familiares. (STF, ADI n.4.277, 2011, Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 708-709).

O Ministro Lewandowski, ao analisar o artigo 226, § 3º da Constituição Federal,

entendeu que não foi intenção do legislador constituinte, ao especificar os gêneros homem e mulher, enquadrar a união homoafetiva como alguma das entidades familiares ali previstas. (STF, ADI n.4.277, 2011, Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 710-711). Assim, o Ministro não reconhece a ocorrência de mutação constitucional, e nem tampouco que a norma deva ser interpretada de maneira extensiva. Para ele, a união homoafetiva consiste em outra espécie de entidade familiar, ou seja, de uma quarta possibilidade de entidade familiar, decorrente da interpretação sistêmica do texto constitucional. (STF, ADI n.4.277, 2011, Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 719).

Ao iniciar seu voto, o Ministro Gilmar Mendes externou sua opinião em relação ao tema dizendo que a interpretação conforme a constituição não se emolda como melhor método interpretativo, devido aos limites que tal método traz consigo. Fundamentou que não havia ambiguidade e nem equivocidade no texto constitucional que justificasse essa segunda subleitura do texto pelo Tribunal. (STF, ADI n.4.277, 2011, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 728).

O Ministro afirma que o Poder Legislativo seria o ideal para regulamentar a união homoafetiva, mas que diante da inércia e omissão em relação a esse assunto, o Supremo Tribunal Federal não poderia ficar parado diante da necessidade do reconhecimento de direitos fundamentais básicos das minorias. (STF, ADI n.4.277, 2011, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 730).

Tem-se, portanto, que a decisão declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 4.277, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, fez com que parte da doutrina entendesse estar diante de um caso de mutação constitucional[55]. Entretanto, tal tese não está presente nos votos dos Ministros, sendo essa opção amplamente descartada pelo Ministro Lewandowski. A mutação constitucional não foi identificada em nenhum dos votos, tendo em vista que em nenhum deles consta a fundamentação quanto a uma possível modificação interpretativa em relação a um entendimento anterior.

2.4 Omissão do Poder Legislativo

O conhecimento convencional afirma que as lacunas existem apenas na lei, mas não

[55] Mutação constitucional consiste na "alteração, não da letra ou sentido expresso, mas do significado, do sentido, e do alcance das disposições constitucionais" (FERRAZ, 1986, p.9).

no Direito. Essa lacuna ou omissão é caracterizada pela ausência de norma jurídica positivada que norteie situações fáticas existentes na sociedade. Dessa forma, cabe ao juiz recorrer à analogia, aos costumes e, principalmente, aos princípios existentes no Direito para sanar possíveis omissões, quando diante de uma situação juridicamente relevante. (BARROSO, 2011, p.134).

No que tange os relacionamentos homoafetivos, apesar de já terem sido reconhecidos como entidade familiar, ainda permanece o silêncio em relação a uma legislação própria e específica, com o escopo de dar proteção jurídica aos direitos e deveres advindos dessas relações.

Vários são os projetos de lei que deram entrada e que tramitam no Congresso Nacional sobre diversos temas relacionados às pessoas homossexuais e, também, às uniões homoafetivas, que nunca foram votados e que não têm previsão de ser. Um exemplo disso é o Projeto de Lei n° 1.151, da então deputada Marta Suplicy, disciplinando as uniões civis entre pessoas do mesmo sexo.

No Congresso Nacional brasileiro é muito comum que projetos de lei, envolvendo assuntos polêmicos e possíveis geradores de conflito para parte da sociedade, sejam "engavetados" até serem esquecidos e nunca votados, seja por questões de ordem interna, ou por questões polêmicas geradas pela sociedade.

Além do Projeto de Lei já citado, existem outros que ainda aguardam votação no Congresso Nacional, como os expostos a seguir:

- ✓ Projeto de Lei n° 5.003/2001, que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual;
- ✓ Projeto de Lei n° 2.383-B/2003, que altera a Lei n° 9.656/1998, e dispõe sobre os planos e seguros de saúde privados de assistência à saúde, com a finalidade de impedir milhares de pessoas sejam discriminadas no momento em que procuram se inscrever em planos de saúde;
- ✓ Projeto de Lei n° 6.297/2005, com a finalidade de incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do INSS e o companheiro homossexual do servidor e a companheira homossexual da servidora pública civil da União.

Diante desse fato, a maneira ora apresentada para atender os conflitos e as dúvidas já existentes, mas que não possuem legislação específica, foi recorrer ao Poder Judiciário, como mostra a jurista Maria Berenice Dias:

> E quando a legislação não cumpre a sua função de criar pautas de condutas a servirem de baliza, a única solução de quem se encontra à margem do sistema jurídico é socorrer-se do Poder Judiciário. Este é o caminho que vem sendo trilhado por todos aqueles a quem a sociedade vira o rosto. Quem não tem voz nem vez precisa ter certeza de encontrar na Justiça uma resposta. (Dias, 2011, p. 251)

De acordo com Ronald Dworkin, essa omissão legislativa se deve devido à possibilidade dos legisladores não serem reeleitos, pelo simples motivo de terem defendido direitos minoritários, muitas vezes contrários à opinião da maioria que o elegeu. (DWORKIN, 2003, 448-449).

Para Paulo Roberto Vecchiatti, a respeito da ausência de legislação específica, aduz:

> [...] a inexistência de ditas leis especificas não impossibilita a defesa dos direitos daqueles que vivem à margem da lei ante a existência dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, os quais garantem às pessoas, individual e coletivamente, a proteção de seus direitos ao proibir discriminações arbitrárias e ao garantir que todas as pessoas humanas sejam merecedoras da mesma dignidade. (2008, p.185).

Neste sentido, Maria Berenice Dia entende que o silêncio da Lei é a pior forma de condenação à invisibilidade, levando à exclusão do sistema jurídico. E, dessa forma, a falta de legislação especifica regulando a situação, somada à ausência de punição em relação à posturas discriminatórias, acarreta o conformismo da inexistência de direito a ser assegurado. (2011, p. 250).

Enfim, é nítida a necessidade de legislação especifica regulando os direitos e deveres dos homossexuais em seu meio familiar, para que as posturas preconceituosas e discriminatórias sejam progressivamente erradicadas do convívio social. Nesse sentido, em decorrência das transformações alcançadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, é preciso que o Poder Legislativo comece a pensar diferente, vestindo uma postura mais ativa em relação à união homoafetiva.

2.5 A problemática do reconhecimento do poliamor

Compreender a problemática que permeia as relações contemporâneas exige conhecer as interações entre o dispositivo de aliança e de sexualidade e aquilo que serve de alicerce para estas relações. (Foucault, 1994b). E falar em Direito implica em levantar questões sócio-políticas, controversas ou não, a fim de observar o processo de constante mudança comportamental da sociedade e exigir providências em relação à legalização dessas mudanças.

A problemática do presente estudo visa levantar questionamentos acerca de

assuntos fáticos e práticos que envolvem o poliamor, utilizando, como referencial, o reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal em 2011.

A partir da reflexão que tal problematização carrega consigo, faz-se necessário levantar as seguintes indagações: O que é o poliamor? A sua possibilidade de ser reconhecido como entidade familiar é real? Poderá ser usado como ponto referencial o caso da ADI n. 4.277, em que a união homoafetiva foi reconhecida? O princípio da monogamia ainda é tão relevante, nos dias de hoje, como regra a ser seguida por todos, ou será mero teatro, para efeito de aparência? O princípio da monogamia, defendido por alguns doutrinadores e magistrados mais conservadores, pode se sobrepor aos princípios da afetividade, igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, tão relevantes e protegidos pelo direito de família?

> Que o direito não permaneça alheio à realidade humana, à realidade das situações existentes, às mudanças sociais importantes que, sem dúvida, têm se multiplicado na história das famílias, exatamente como ela é. Cerrar os olhos, talvez seja mais um dos inúmeros momentos de hipocrisia que o Legislativo e o Judiciário têm repetido deixar acontecer, numa era em que já não mais se coaduna com as histórias guardadas a sete chaves. (HIRONAKA, 2013, 199-219).

Algumas respostas às indagações acima feitas podem ser dadas, provisoriamente ou não, a partir do exposto nos capítulos 1 e 2 desse trabalho. Entretanto, a maior parte delas será abordada no capítulo a seguir.

Independente de qualquer resposta, é certo que a realidade social atual aponta outros modelos de relacionamento, que não são monogâmicos, mas que têm o intuito de constituir família. A mudança de paradigmas que resultou na inserção da união estável ao ordenamento jurídico ajudou com que essa realidade social se mostrasse cada vez mais, materializando na legislação uma mudança de valores. (BARROSO, 2010, p. 383).

3 TEORIA DO POLIAMOR

3.1 Poliamor: conceitos e peculiaridades

Ainda hoje, o modelo de família menos criticado e mais aceito pela sociedade é aquele formado por homem e mulher, decorrente de um casamento onde, mutuamente, houve promessa de fidelidade e respeito entre os envolvidos, com filhos advindos dessa relação e, assim, formando entidade familiar nos moldes da antiga tradição.

O direito brasileiro considerou os relacionamentos simultâneos, em seu contato inicial, como aquele formado por uniões espúrias, imorais e elícitas, merecendo o desprezo e a desconsideração dos órgãos públicos. (GONÇALVES, 2009, p. 554).

O modelo de união acima citado, caracterizado como monogâmico, possui uma peculiaridade bastante exacerbada, que é a fidelidade, considerada, juridicamente, um dever legal das uniões monogâmicas, podendo acarretar consequências indenizatórias caso seja violada.

A fidelidade mostra a sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro ao ser considerada um instituto juridicamente tutelado pelo Estado, presente no Código Civil, em seu artigo 1.566, I, onde aborda a fidelidade recíproca como dever de ambos os cônjuges.

É importante salientar que, em decorrência do princípio da intervenção mínima no direito de família, pareceria um pouco absurdo o Estado obrigar todos os casais a cumprir a fidelidade recíproca, já que esta não pode ser considerada como um valor absoluto. A atuação estatal não poderia invadir esta esfera de intimidade (GAGLIANO, 2009, v.49).

A monogamia ainda está bastante arraigada na sociedade brasileira atual, e prova disso é a vigência, ainda, do artigo 235 do Código Penal Brasileiro, considerando crime a prática de bigamia, quando uma pessoa já casada contrai matrimônio com outra, cumprindo as formalidades legais exigidas para tanto. Dessa forma, os relacionamentos formados por união estável jamais terão pertinência para o crime de bigamia.

Apesar de não haver menção na Constituição Federal, e devido ao apelo sociocultural, parte da doutrina considera a monogamia como um princípio: "O princípio da monogamia, embora funcione como um ponto-chave das conexões morais, não é uma regra moral, nem moralista. É um princípio jurídico organizador das relações conjugais". (PEREIRA, 2006, p. 848 e 849)

Indo de encontro à monogamia, está a prática do poliamor, que é caracterizado como um relacionamento íntimo e amoroso com mais de uma pessoa, simultaneamente, em que todos os envolvidos sabem da existência do outro e consentem.

O termo poliamor vem de uma combinação do grego, *poli*, que significa muitos, e do latim, amor. Entretanto, o poliamorista não tem como intenção a procura constante por diversos parceiros, mas está aberto, naturalmente, para novas possibilidades afetivas. Regina Navarro Lins salienta que a ideologia do poliamor "nada mais é do que a aceitação direta e a celebração da realidade da natureza humana" (LINS, 2002, p. 749). Ou seja, existe uma grande importância que tudo aconteça de forma natural.

O arcabouço que envolve o as relações poliamoristas tem sido denominada, por alguns estudiosos, de "não monogamia responsável", ou seja, aquela que se preocupa com a concordância de todos os envolvidos, evidenciando-se "especialmente ameaçadora e perturbadora das normas monogâmicas" (Cardoso, 2010, p. 6), por estar presente em sociedades tão presas à monogamia, como a brasileira, por exemplo.

O pensamento doutrinário acerca do tema mostra claramente a flexibilização da fidelidade no poliamor, fazendo com que a exclusividade seja esquecida neste novo molde familiar:

> O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus participes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 463).

Quando há mútuo conhecimento e aceitação, é possível que os conceitos tradicionais sejam revistos e que o dever de fidelidade seja flexibilizado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 461). E apesar de não ficarem presos aos vínculos afetivos monogâmicos arraigados pelo convívio social, os poliamoristas também almejam constituir família.

Em outubro de 2007, a Revista Galileu, da Editora Globo, publicou uma reportagem, intitulada "O fim da monogamia?", abordando algumas ideologias e regras do poliamor. A seguir, um trecho:

> A filosofia do poliamor nada mais é do que a aceitação direta e a celebração da realidade da natureza humana; O amor é um recurso infinito. Ninguém duvida de que você possa amar mais de um filho. Isso também se aplica aos amigos; O ciúme não é inato, inevitável e impossível de superar. Mas é possível lidar muito bem com o sentimento. Os poliamoristas criaram um novo termo oposto a ele: *compersion* (algo

> como `comprazer` em português). Trata-se do contentamento que sentimos ao sabermos que uma pessoa querida é amada por mais alguém; Segundo suas crenças, eles representam os verdadeiros valores familiares. Têm a coragem de viver um estilo de vida alternativo que, embora condenado por parte da sociedade, é satisfatório e recompensador. Crianças com muitos pais e mães têm mais chances de serem bem cuidadas e menos risco de se sentirem abandonadas se alguém deixa a família por alguma razão. (REVISTA GALILEU, 2007, p. 44).

De acordo com os estudos e pesquisas produzidos acerca do poliamor, nota-se que este modelo de união se difere tanto dos relacionamentos abertos quanto da infidelidade, já que o primeiro implica sexo casual fora do casamento e a segunda é fruto da desonestidade e da não anuência. Entretanto, o poliamorismo "é mais baseado no amor do que no sexo e se dá com o total conhecimento e consentimento de todos os envolvidos". (LINS, 2012, p. 738)

Em contrapartida, a poligamia pode ser considerada uma prática unilateral, em que o direito a ter outros relacionamentos é conferido a apenas um dos envolvidos, que na maioria das culturas e religiões é do sexo masculino. A prática da poligamia, segundo Maluf, sempre esteve presente desde as sociedades mais primitivas:

> Os primeiros grupos sociais que existiram não constituíram efetivamente a família para os padrões organizacionais tal como esta é conhecida. Muito provavelmente, formaram-se baseados no instinto sexual, pouco importando se essa união fosse passageira ou duradoura, monogâmica ou poligâmica, poliândrico ou poligínico. (2010, p.18).

A bigamia, por sua vez, caracteriza-se pelo casamento de um indivíduo que já se encontra casado, o que é considerado crime no Brasil. Dessa forma, comparando-se o poliamor com os dois institutos mencionados acima, aufere-se que o poliamor não possui vínculo com religião alguma, onde todos os integrantes têm a liberdade de se relacionar com outras pessoas, do mesmo sexo ou não, sem um limite específico de pessoas formando tal união, mas com o consentimento de todos os envolvidos. Nessa premissa, tem-se que no modelo do poliamor não há espaço para ciúme possessivo e nem para a infidelidade, já que a essência dessa relação é pautada na liberdade de sentimentos e na transparência entre os envolvidos.

Embora as uniões poliafetivas sejam configuradas como relacionamentos fora dos padrões aceitos, ficando distante da heteronormatividade,[56]não há motivo para que tenham tratamento discriminatório e nem tampouco, que deixem de receber a devida proteção por parte do Estado.

[56] Termo preconceituoso que designa que a heterossexualidade é a única orientação sexual que deve existir. (INFORMAL, Dicionário. Disponível em:< http://www. dicionarioinformal. com. br/>).

3.2 O Direito do poliamor

Não há como negar o fato de estar ocorrendo um rápido crescimento das uniões pautadas pelo princípio da afetividade no convívio social. Por isso, é necessário ratificar que nem todas as uniões concomitantes são consideradas poliamor. Ou seja, essa concomitância de relacionamentos é apenas uma característica do poliamorismo. Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência insistem em invocar o vocábulo "poliamor" ao se referirem a relacionamentos concomitantes, mas que não foram terminados oficialmente, ou ainda, àqueles relacionamentos em que um dos envolvidos mantém envolvimento escuso com outrem.

Doutrina e jurisprudência indicam três posicionamentos a respeito do tema, tendo em vista a constante busca das pessoas pelo reconhecimento de alguns direitos advindos das uniões concomitantes.

A corrente minoritária, seguida pelos doutrinadores mais conservadores, entende pelo não reconhecimento de nenhum modelo de união concomitante, por acreditar que são caracterizadas por mero concubinato, e que, diante da obrigação da fidelidade mútua, nestes casos, o princípio da monogamia está sendo desrespeitado. Além disso, entende que o reconhecimento dessas uniões seria um incentivo à prática da bigamia e à poligamia nos casamentos. Maria Helena Diniz, adepta dessa corrente, afirma que os valores são perdidos quando há mais de uma relação paralela, podendo um dos relacionamentos ser tratado como mera eventualidade, ou até mesmo, retirar o valor das duas relações por não saber qual seria a parte prejudicada. A autora continua defendendo sua posição afirmando:

> [...] que no momento em que um dos cônjuges busca envolvimento com outras pessoas, não respeitando o dever de fidelidade, nunca existiu, portanto, união vinculatória, pois não houve o companheirismo e honestidade exigidos para a sua constituição. Sendo assim, só poderiam ser regidas como sociedade de fato no que diz respeito aos fins patrimoniais. (DINIZ, 2006, p. 374-375).

A doutrina majoritária apresenta uma postura mais flexível e, busca como base, para o reconhecimento das uniões concomitantes, a boa-fé para aplicar a analogia ao casamento putativo, em que um dos envolvidos acredita estar integrado em uma entidade familiar segundo

os ditames legalmente aceitos, desconhecendo o envolvimento do parceiro com outra pessoa. Reconhece as uniões concomitantes apenas para fins patrimoniais, com o objetivo de não gerar enriquecimento ilícito a quem foi infiel. Aplicam-se, nesse caso, as regras norteadoras da união estável, permitindo que a parte traída pleiteie danos morais pela má-fé da outra parte. Autores como Euclides de Oliveira e Villaça de Azevedo são adeptos dessa corrente. (PONZONI, 2008).

A terceira e nova corrente, que defende acima de tudo o princípio da afetividade, é defendida pela jurista Maria Berenice Dias, e aduz que existem princípios fundamentais mais relevantes que o princípio da monogamia, defendido pela primeira corrente aqui exposta. Dessa forma, defende o reconhecimento das uniões concomitantes como uniões estáveis, para que passem a ser tuteladas pelo direito de família. Esta corrente afirma que o direito não acompanha as mudanças frequentes da realidade social, fundamentando que as uniões concomitantes sempre existiram e continuarão existindo dentro do convívio social, não sendo sensato que tais uniões permaneçam à mercê da tutela legal do Estado. (PONZONI, 2008).

No dia 22 de agosto de 2012, no município de Tupã (SP), foi publicada no Diário Oficial, a lavratura de uma escritura pública de união poliafetiva, pela tabeliã Cláudia do Nascimento Rodrigues. Trata-se do relacionamento entre duas mulheres e um homem que já viviam sob o mesmo teto há três anos, como família de fato, e que resolveram registrar a união poliamorista, pois perceberam que era a única forma possível de manterem o relacionamento minimamente resguardado.

A tabeliã responsável pelo registro destacou que "a declaração é uma forma de garantir os direitos de família entre eles", e que "como não são casados, mas vivem juntos, existe uma união estável, onde são estabelecidas regras para estrutura familiar". Além disso, destacou que: "quando eles entraram em contato comigo, eu fui averiguar se existia algum impedimento legal e verifiquei que não havia. Eu não poderia me recusar a lavrar a declaração. O tabelião tem a função pública de dar garantia jurídica ao conhecimento de fato". (CONSULTORIA JURÍDICA, 2012).

Em 2015, o 15º Ofício de Notas, na Barra da Tijuca, na Zona Oeste do Rio, foi pioneiro a formalizar a união estável poliamorista entre três mulheres. A tabeliã do cartório manifestou sua opinião em relação ao que a motivou a tomar esta atitude sobre o caso:

> Não existe uma lei específica para esse trio, tampouco existe para o casal homoafetivo. Isso foi uma construção a partir da decisão do STF, que discriminou todo o fundamento e os princípios que reconheceram a união homoafetiva como digna de proteção jurídica. E qual foi essa base? O princípio da dignidade humana e de que o conceito de família é plural e aberto. Além disso, no civil, o que não está vedado, está

permitido.

No dia 01 de abril de 2016, o mesmo cartório do Rio de janeiro formalizou a união estável poliafetiva formada por um homem e duas mulheres, que já viviam juntos, como família, há quase três anos.

Assim, demonstra-se a urgência e a necessidade a respeito do posicionamento jurisprudencial sobre as uniões poliamoristas, para que sejam amparadas legalmente e deixem de viver marginalizados pela da sociedade.

A jurista Maria Berenice Dias afirma que não percebe qual a dificuldade em assegurar direitos e deveres diante de relacionamentos contínuos e duradouros, apenas pelo fato de constituírem união de três pessoas. Certifica, ainda, que o Código Civil proíbe o casamento entre pessoas casadas, mas que esse não é o caso em questão. (DIAS, 2012).

A Ministra Nancy Andrighi pondera de maneira excepcional sua opinião acerca das famílias pautadas na afetividade, que necessitam e aspiram por reconhecimento judicial:

> Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam por ventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflitos. (STJ, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010).

O presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, do município de Marília (SP) no triênio 2013-2015, Tayon Berlanga, assegura que o documento lavrado em cartório, no tocante à união poliamorista, é eficaz apenas no que tange questões patrimoniais. Entretanto, no que diz respeito aos demais direitos de família, a escritura pública de união estável poliafetiva está desprotegida. Para ele, esse documento veio para dar maior visibilidade à existência de outras entidades familiares, bem como para dar maior proteção, a fim de buscar o reconhecimento desse novo modelo. E tendo como referencial o caso do Cartório de Tupã (SP), ele afirma:

> Ele dá direito ao trio no que diz respeito à divisão de bem sem caso de separação e morte. No entanto, não garante os mesmos direitos que uma família tem de, por exemplo, receber pensão por morte ou conseguir um financiamento no banco, para compra da casa própria, por exemplo, ser dependente em planos de saúde e desconto de dependentes na declaração do imposto de renda. (TAYON BERLANGA, conjur.com, 2012).

3.3 Possibilidade do reconhecimento do poliamor como Entidade Familiar

Diante de todo o exposto até aqui, e após restar claro a existência de novas entidades familiares na sociedade atual, percebe-se a necessidade de considerá-las como família de fato e de direitos, perante todos. Em destaque, principalmente, aquelas que têm o princípio da afetividade como diretriz, e mais ênfase ainda, àquela que é objeto deste trabalho, a união poliafetiva.

Entretanto, existem argumentos contrários e argumentos a favor do reconhecimento da união poliafetiva como novo modelo familiar. Os que se opõem a essa ideia, fincam seu fundamento, basicamente, no princípio da monogamia, como é o caso de Rodrigo da Cunha Pereira, que acredita que devido ao fato do padrão monogâmico prevalecer na sociedade ocidental, o Estado não deve se responsabilizar pela tutela do sistema poligâmico:

> O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. (PEREIRA, 2012, p.127).

Mas há quem se posicione de forma contrária em relação à monogamia ser considerada um princípio:

> Pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um, ou, pior, a ambos, os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. (DIAS, 2011, p. 61).

O judiciário ainda não se manifestou a respeito do reconhecimento da união poliafetiva, e após a leitura de alguns julgados, mais especificamente da interpretação de ministros e juízes em relação à uniões concomitantes, percebe-se um grande abismo na evolução e possível judicializaçao do tema. Ratifica-se, aqui, que o poliamorismo é apenas uma forma de união concomitante, dentre outras. Isso porque, para os magistrados, o ato-fato

jurídico união estável, não se enquadra em relacionamentos que extrapolem a quantidade de duas pessoas. Ou seja, as decisões do Poder Judiciário ainda estão bastante arraigadas na monogamia, que por alguns é tratada como princípio, e na fidelidade, duas palavras frequentemente exploradas na fundamentação dos julgados.

Assim, após utilizar como referencial a fundamentação realizada para o reconhecimento da união homoafetiva, que até pouco tempo atrás era rechaçada e discriminada pela sociedade, mesmo sendo uma realidade fática existente há anos, empreendeu-se que a união poliafetiva poderia estar próxima de entrar para esse rol de novas entidades familiares.

Independente da interpretação conforme a Constituição, que o Supremo Tribunal Federal utilizou na aprovação da ADI n. 4.277, baseado em alguns princípios constitucionais pertinentes e no possível "alargamento" do vocábulo família do *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, e do entendimento que o artigo 1.723 do Código Civil, quando menciona "homem e mulher" defende a monogamia e não a literalidade das palavras, é fato constatado que a união poliafetiva existe, que vem crescendo cada vez mais, e que precisa de um aparato legal para resguardar os efeitos dela decorrentes.

Infelizmente os Ministros do STF tratam a monogamia como um princípio que é, muitas vezes, comparado a um princípio constitucional, engessando, assim, a possibilidade do reconhecimento de novas formas de entidade familiar, já presentes há tempo, mas que são discriminadas pela sociedade.

Giselda Maria Hironaka aborda o tema, citando aspectos como a monogamia e a fidelidade, e mostra que o entendimento do STF intenta para uma hierarquização das entidades familiares.

> O STF entende que a garantia institucional da família pressupõe, como um seu elemento estrutural, a manutenção da forma monogâmica e a fidelidade entre os cônjuges entendida como exclusividade sexual. O entendimento do STF resulta em uma hierarquização das entidades familiares. O casamento, a família oficial, que serve de modelo estrutural para as outras famílias, é visto como a forma suprema da família como garantia institucional. O resultado dessa interpretação, na prática, é o favorecimento da entidade identificada pelo sentimento majoritário da comunidade política e pela tradição como a melhor forma de vida familiar: a união monogâmica com chancela prévia do Estado. (HIRONAKA, 2013, p. 199-219).

Ao analisar o posicionamento do STF a partir do texto acima escrito por Hironaka, verifica-se uma clara sobreposição de princípios, principalmente quando chancela a hierarquização das entidades familiares. A exaltação ao princípio da monogamia, que não é um

princípio constitucional, mas denominado assim apenas pelos mais conservadores, faz com que princípios eminentemente constitucionais, como os princípios da liberdade, dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, sejam mitigados pelos que se posicionam dessa maneira.

Partindo da percepção histórica da união homoafetiva verificou-se que, apesar de sempre ter existido, muito antes até dessa regra monogâmica ser imposta pela cultura ocidental, a sua equiparação com a união estável heterossexual, com consequente reconhecimento como entidade familiar, veio ocorrer apenas no século XXI. Entretanto, os valores monogâmicos impostos pelo direito brasileiro tendem a enterrar os direitos individuais de cada pessoa, mesmo dentro de um relacionamento.

Segundo Massamu Uyeda, Ministro do Superior Tribunal de Justiça até 2012, em julgado posterior ao da ADI n. 4.277, mas que representa igual posicionamento quanto às características configuradoras da união estável, as mesmas que balizaram o entendimento e consequente reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, expõe:

> A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para a identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito (STJ, REsp 1.194.059/SP, Rel. Min. Massamu Uyeda, 3ª Turma, j. 06.11.2012, Dje 14.11.2012).

A característica mais significativa da união estável é a mitigação do formalismo, exigido no matrimônio para sua constituição, sendo suficiente haver uma vida em comum entre os envolvidos, além do cumprimento dos requisitos exigidos para sua configuração.

Dessa forma, de acordo com o Ministro Lewandowski, não há como negar a existência da união homossexual nos dias de hoje, por ser uma "realidade de elementar constatação empírica", que busca seu espaço no ordenamento jurídico, pois dela decorrem direitos e obrigações que necessitam da tutela do Estado, mesmo que ainda não tenha norma específica para protegê-los. (ADI n. 4.277, 2011, p. 717).

A partir dos princípios da autonomia da vontade e da afetividade, tem-se que os indivíduos são livres para elegerem, conforme seus próprios preceitos e vontades, o tipo de relacionamento que melhor lhes convier, desde que não prejudique outras pessoas e que não fira a legislação em vigor.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto na ADI nº 4.277, destaca a importância da

constituição familiar baseada no vínculo afetivo:

> O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso a respectiva proteção constitucional. (ADPF n. 4.277, p. 671).

Desse modo, a autora Luciana Faísca Nahas apresenta seu posicionamento acerca do artigo 226 da Constituição Federal, já citado anteriormente no presente trabalho, dizendo que é possível que o constituinte original, ao tecer tal artigo, não admitisse a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E continua seu raciocínio mencionando que a Constituição deve acompanhar as constantes mudanças sociais, a fim de evitar possíveis injustiças. Por isso, o novo entendimento conferiu ao artigo citado a possibilidade de um conceito aberto do vocábulo família, para se adaptar às realidades vividas, destacando que: "o texto constitucional aberto não está preso à vontade social do momento de sua elaboração, mas sim, deve adaptar-se e renovar-se conforme a realidade vivida pelo povo, no momento de sua aplicação". Aborda, dessa forma, a existência do princípio da pluralidade familiar no âmbito constitucional. (NAHAS, 2006, p.133).

E outro entendimento doutrinário vem para ratificar essa ideia:

> Sob o influxo do princípio da dignidade humana, epicentro normativo do sistema de direitos e garantias fundamentais, podemos afirmar que a Constituição Federal consagrou um sistema aberto de família para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados [...]. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 79)

O registro das uniões poliafetivas lavrados em cartório, como visto anteriormente, representa um avanço para esse modelo familiar, pelo menos no tocante ao direito patrimonial das pessoas envolvidas. Nesse sentido, Cláudia do Nascimento Domingues, tabeliã do caso de Tupã (SP), declara em um trecho da escritura pública por ela lavrada:

> Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade. (*apud* IBDFAM.ORG, 2012).

Dessa forma, a partir das características e fundamentações apontadas para que a união estável fosse legalizada, pode-se dizer que figuraram como ponto de partida para o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Tendo em vista que os homoafetivos tentaram durante muitos anos a conquista do respeito social e o reconhecimento jurídico, até conseguirem, em 2011, o *status* de família, induz-se que as pessoas adeptas do poliamor também podem ter esperança quanto ao possível reconhecimento legal. Entretanto, não há como saber ao certo quando isso ocorrerá.

À medida que os casos de união poliafetiva forem aparecendo e gerando efeitos, além de, consequentemente, por motivos diversos, forem precisando do Poder Judiciário, o Estado verá a necessidade de tomar alguma providência a fim de resguardar os direitos e impor as obrigações desses indivíduos. O Estado possivelmente perceberá que, a partir da nova realidade social, tanto a preferência ao casamento, quanto a imposição à monogamia, deixarão as novas entidades familiares à margem do direito, sem ter seus direitos fundamentais assegurados. O direito, portanto, não pode interferir nos sentimentos das pessoas, mas apenas definir as relações interpessoais com base em seus preceitos e princípios.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada no transcurso do trabalho buscou-se demonstrar a importância do reconhecimento dos novos modelos de entidade familiar que vêm se formando no decorrer dos anos, com ênfase para as uniões poliafetivas. A família tradicional, formada a partir da relação entre um homem e uma mulher em virtude do casamento, sofreu grandes mudanças com o passar do tempo, devido à evolução natural das relações sociais. E ainda hoje continua em constante transformação.

A análise histórico-evolutiva do conceito de família demonstrou a importância dada a esse conceito em momentos diversos, passando pelos valores patrimonial e religioso, até chegar ao princípio da afetividade como norteador dos modelos contemporâneos de família.

Foi observado que tanto o princípio da afetividade quanto a busca pela felicidade, aliados à não monogamia e à fidelidade entre os envolvidos, formam os fundamentos basilares para o surgimento do poliamorismo. Portanto, o poliamor pode ser considerado como perspectiva possível para efetiva mudança de paradigma no que diz respeito à realidade dos atuais relacionamentos amorosos, indo de encontro à tradição monogâmica, ainda bastante exaltada no corpo social como um todo.

Como visto no decorrer do trabalho, há um posicionamento deveras conservador advindo da doutrina e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, que transforma a monogamia em princípio, a fim, possivelmente, de evitar possíveis discussões acerca do tema uniões poliafetivas. Entretanto, apesar da monogamia ainda estar arraigada na sociedade contemporânea, pode-se afirmar que a imposição desse dogma às entidades familiares de qualquer natureza, por simples analogia, é um grande equívoco, já que a união poliafetiva não causa prejuízo a ninguém e também não é considerada prática ilegal.

O julgamento da ADI n. 4.277, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011 representou um grande avanço, porque além de ter feito menção a um assunto polêmico, utilizou importantes princípios constitucionais para fundamentar uma leitura mais ampla do artigo 226, § 3° da Constituição Federal. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana demonstrou que o valor moral discriminatório ditado por uma parcela mais conservadora não pode estar

acima do constitucionalismo moderno, e que o correto seria o ordenamento jurídico acompanhar e refletir as demandas da sociedade, não o inverso.

Assim, pode-se perceber que muitos casos concretos de relações poliafetivas seriam prejudicados caso o princípio da monogamia fosse utilizado com o intuito de negar proteção à tais famílias. O princípio da monogamia não pode ser considerado o "mais importante" e se sobrepor aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar representa início de um longo e difícil percurso para o possível reconhecimento da união poliafetiva. Isso porque tal conquista não esgotou o tema relacionado às novas entidades familiares. A questão do poliamorismo nunca foi posta como algo simples e de fácil resolução. Entretanto, para que os direitos fundamentais sejam gozados em sua plenitude, não deve haver nenhum tipo de interferência por parte do Estado, inclusive em relação à quantidade de indivíduos que fazem parte de um relacionamento amoroso, já que os mesmos direitos concedidos aos monogâmicos (hetero ou homo) também devem ser oferecidos aos que vivem sob a égide do poliamorismo.

O conceito de família não pode ser imposto e nem tampouco restringido por qualquer Poder ou autoridade estatal. Portanto, sabendo que a família tem um importante papel de suporte emocional na vida das pessoas, tendo em vista que os fatos sociais relacionados ao poliamor existem e devem ser enfrentados, e, ainda, levando em conta a observância dos princípios da afetividade, da pluralidade familiar e da autonomia da vontade, permite-se aduzir que é plenamente possível o reconhecimento da união estável poliafetiva, ao utilizar as mesmas condições conferidas aos casais hetero e homossexual.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista brasileira de direito constitucional, v. 17, n. 1, p. 105-138, 2011.

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional. 6ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. Lei Nº. 10.406, **de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em 26 abr. 2016.

BRASIL. S**upremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 mai. 2011. Publicado no DJe em 14 out. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 abr. 2016.

BRASIL - Projeto de Lei n.º 1.151, de 26 de outubro de 1995. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br> Acesso em: 09 mai. 2016.

BRASIL - Projeto de Lei n.º 6.297, de 30 de novembro de 2005. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br> Acesso em: 09 mai. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CARDOSO, Daniel dos Santos. Amando vári@s – Individualização, redes, ética e poliamor. 2010. Tese de Doutorado. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa.

CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia. São Paulo: Companhia das Letras, v. 1, 2002.

Consultório Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/cartorio-tupa-sp-reconhece-uniao-estavel-entre-tres-pessoas>. 2012. Acesso em 09/05/2016.

DE BARROS, Sergio Resende. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), v.4, n.14, p. 5-10, jul./set., 2002.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. Revista brasileira de direito de família. n. 4, p. 7-13, 2000.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito & a justiça. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades. v. 2, n. 03, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Escritura de União Poliafetiva: possibilidade. Carta Forense, São Paulo, nov, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Sociedade de afeto. 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família. 5º Vol. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 448-449.

FACHIN, Rosana. Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente (org.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 115.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da (o) Amante-na Teoria e na Prática (dos Tribunais). Revista IOB de Direito de Família. n. 49, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil – direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil - direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. vol. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GALILEU: revista mensal. "O Fim da Monogamia?". São Paulo: Ed. Globo, out. de 2007, pág. 44.

GALLINO, Luciano (Org.). Dicionário de Sociologia. Trad. José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2005, p. 305.

GALLUPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 11.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.22;
GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo, Saraiva, 2009, vol. VI.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIDDENS, Anthony. Sociologia. Traduzido por Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Editora Artmed, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família. Encontro de Direito de Família, v. 3, 2006. P. 10-11.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 108, p. 199-219, 2013.

IBDFAM.ORG. Escritura reconhece união afetiva a três. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em 14 de abr. de 2016.

ISTO É: revista eletrônica.Tabeliã Cláudia do Nascimento Rodrigues. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/paginar/232004_CARTORIO+RECONHCE+UNIAO+DE+DUAS+MULHERES+E+UM+HOMEM+EM+SP/4> Acesso em 09 mai. 2016.

KUSANO, Susileine. Da família anaparental: do reconhecimento como entidade familiar. Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia—Campus de Cacoal.[S. l.], 2011.

LINS, Regina Navarro. A cama na varanda: arejando nossas ideias sobre amor e sexo: novas tendências. 7. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Bestseller, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Famílias. Editora Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas et al. Novas modalidades de família na pós-modernidade. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas et al. A composição da família na pós-modernidade. FMU Direito - Revista Eletrônica, v. 24, n. 34, 2012.

MARTÍN, Maria. As três namoradas que desafiam a 'família tradicional brasileira'. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/24/politica> 2015. Acesso em 09 mai. 2016.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo – aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 150.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, jan/mar 2000.

NAHAS, Luciana Faísca. União homossexual: proteção constitucional. Juruá Editora, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. União Estável do concubinato ao casamento. 6.ed., São Paulo : Método, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 18ºed, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010, p.23 – atualizado por Tânia da Silva Pereira.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma Principiologia para o Direito de Família. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteados do Direito de Família. 2º Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

PONZONI, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461> 2008. Acesso em 24 abr. 2016.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: Direito de família. 1979. Saraiva, 1979.

RODRIGUES, Geraldo Silva; CONCIANI, Marcos Vinicius De Souza. A família socioafetiva: uma visão crítica acerca das novas entidades familiares vinculadas ao afeto. Revista Intervenção, Estado e Sociedade. v. 2, n. 1, p. 112-127, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris, 2004.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: direito de família. Vol. 5, 5ª ed. São Paulo: Método, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade. São Paulo: Forense, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, - direito de família. 9.ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, v.6.

VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana. A Família. In. Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. Revista da ESMESC, v. 18, n. 24, p. 511-536, 2011.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo et al. O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo

familiar e isonomia. Duc In Altum-Cadernos de Direito, v. 7, n. 13, set-dez. 2015.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

DAVID TIECHER SANTA BÁRBARA

As inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013

Lei Anticorrupção Empresarial

Brasília/DF
2016/1

DAVID TIECHER SANTA BÁRBARA

As inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013

Lei Anticorrupção Empresarial

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Guilherme Carvalho e Sousa

Brasília/DF

2016/1

Dedicatória

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que me abençoou sempre na vitória. Em especial à minha família, na pessoa da Michelle, esposa, parceira, que nunca me deixou desanimar. Aos meus filhos, Davi e Drielle, que foram sacrificados pela minha dedicação. À minha mãe, que me ensinou a lutar e não desistir. À minha irmã Taty, que sempre esteve ao meu lado. Aos meus outros dois irmãos, Alyne e André. Aos amigos Breno, grande irmão, e Alzemir, meu nobre parceiro, guerreiro, que me abriu as portas da carreira e mostrou o lado verdadeiro da vida. Por fim, mas não menos importantes, aos grandes Mestres do IESB, que uniram a prática à teoria, desde as salas de aulas até o Núcleo de Prática Jurídica.

"De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto."

RUY BARBOSA

Resumo

Esse trabalho teve por objetivo fazer um estudo a respeito das inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013, que resultou do grito dado pela população nas ruas em 2013. Referida lei tem como alvo as empresas envolvidas em irregularidades. Empresas essas que já se relacionavam com o Estado, mas não eram alcançadas pelo processo administrativo e agora são passíveis de sanção. A nova lei prevê a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, estabelecendo multas sobre seu faturamento anual. As empresas também correm o risco de ficar sem contratos com Municípios, Estados e até mesmo com a União, sem a possibilidade de recorrer a empréstimos em bancos públicos. Em caso de reincidência podem ser fechadas, ainda que desconheçam o envolvimento de funcionários na corrupção. Para regulamentar a lei em comento, o governo vetou o trecho que tratava da necessidade de comprovação da culpa ou do dolo para aplicação de sanções à empresa. O conceito da lei é a responsabilidade objetiva. Ou seja, ainda que não reste provada uma decisão da diretoria, do presidente ou de seu corpo gerencial acerca da promoção de determinado ato de corrupção, no caso de a empresa ter sido beneficiada por tal ato, responderá por ele e devolverá ao governo aquilo que ganhou a mais, além de pagar as respectivas multas. A lei também se aplica aos atos lesivos praticados por pessoas jurídicas brasileiras contra a Administração Pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior. A legislação cerca tanto o lado do corrupto, que aceita fraudar contratos, quanto o do corruptor, que oferece a propina. É uma mudança de paradigma que coloca em jogo o patrimônio dos empresários para garantir que o dinheiro desviado seja ressarcido. A lei nº 12.846/2013 prevê, ainda, tratamento diferenciado entre empresas negligentes no combate à corrupção e aquelas que se esforçam para evitar e coibir atos ilícitos. Resguarda-se o chamado acordo de leniência, celebrado entre a Administração Pública e a empresa a fim de permitir, tal qual uma delação premiada, que esta colabore com as investigações, elucidando os casos de corrupção. Ao participar do acordo, a empresa reduz as punições cabíveis e enraíza à sua cultura interna o conceito de probidade. No entanto, a ideia de leniência e impunidade não se confunde. Assim, permite-se que, embora punida, a empresa continue funcionando. A lei anticorrupção atua em complemento a outras leis, como a de improbidade administrativa e a de lavagem de dinheiro, fazendo com que o quadro de corrupção no Brasil diminua sensivelmente.

Palavras-chave: Lei nº 12.846/2013. Corrupção. Responsabilização. Pessoas Jurídicas.

SUMÁRIO

Introdução

Capítulo 1. Do advento da Lei nº 12.846/2013..... 9

Capítulo 2. Do processo administrativo de responsabilização.....26

Capítulo 3. Do programa de *compliance*.....36

Capítulo 4. Do acordo de leniência.....41

Considerações Finais.....50

Referências

Anexo A – Resposta da CGU sobre Acordo de Leniência

Introdução

Esse trabalho tem o objetivo central de analisar as inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013, que gerou controvérsias entre os aplicadores do direito.

Isso porque, extremamente frustrada e desconfiada das relações existentes entre o público e o privado, a sociedade brasileira a muito pleiteava punições mais severas aos atos de corrupção praticados em todo o território nacional. Em contrapartida, ainda não é possível uma interpretação precisa da referida norma. Relacionada à sua aplicação inexiste qualquer experiência prática, restando prejudicada a possibilidade de críticas mais profundas a respeito.

Diante da existência de diversas normas que tratam do mesmo assunto, a primeira questão enfrentada diz respeito a real necessidade de edição da Lei 12.846/2013. Estando em vigor o Código Penal, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Responsabilidade Fiscal e outras tantas com previsão de tipos penais e as respectivas sanções, questiona-se a necessidade de novo diploma jurídico para punir ilícitos praticados contra a Administração Pública.

Certo é que a corrupção corresponde a um dos maiores problemas enfrentados não só em nosso país, onde se encontra enraizada à cultura, mas no mundo inteiro. Não existem apenas corruptos, existem também corruptores.

Em 2013, no auge da repercussão acerca de infindáveis operações investigativas de atos considerados, no mínimo, suspeitos, os brasileiros foram às ruas contra a corrupção, o que resultou na edição de mais uma lei que, na verdade, corresponde a uma força-tarefa de várias instituições no combate aos escândalos envolvendo dinheiro público.

O advogado e ex-ministro Jorge Hage simpatiza chamar a Lei nº 12.846/2013 de "Lei da empresa limpa". Outros preferem denomina-la Lei anticorrupção empresarial, como trataremos no presente trabalho, cujo foco principal é instigar o leitor a analisar a real necessidade e conveniência da referida lei.

Além desta introdução, o estudo é composto de quatro capítulos. Primeiramente, após conceituar a corrupção, no Capítulo 1 é desenvolvido de maneira breve um relato acerca da origem e do contexto histórico existente no momento em que a Lei nº 12.846/2013 foi editada. Além disso, inicia-se, efetivamente, o tratamento das inovações trazidas pela lei em questão.

No Capítulo 2, será feita uma análise do processo administrativo de responsabilização,

abordando tanto a esfera administrativa quanto a judicial.

Em um terceiro capítulo será abordado o Programa de *Compliance*, instituto que ainda é novidade em território brasileiro.

No quarto e último capítulo, terá relevância o chamado Acordo de Leniência.

Por fim, o estudo será concluído com a realização de considerações acerca da relação existente entre a sociedade, as normas existentes e os problemas oriundos da corrupção.

Capítulo 1 - Do advento da Lei nº 12.846/2013

O objetivo deste capítulo é abordar a Lei nº 12.846, de 02 de agosto de 2013, e analisar as inovações por ela trazidas.

Para tanto, será apresentada a origem e o momento histórico em que referida lei foi editada, e, após, o conceito de corrupção, objeto primordial da lei em comento.

1.1. Origem

A Lei nº 12.846/2013 tem origem no Projeto de Lei nº 6.826, proposto pela Controladoria Geral da União em 18 de fevereiro de 2010. Visando a lisura nos eventos internacionais a serem realizados no Brasil, o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados e, somente em 2013, após a realização de diversos protestos, no Senado Federal.

Em 2013, quando a Lei nº 12.846/2013 foi editada, a mídia noticiava inúmeros escândalos envolvendo condutas antiéticas dos gestores públicos, o que tornava crítico o cenário brasileiro no tocante à corrupção.

Tendo em vista as incessantes manifestações populares realizadas, o Congresso Nacional selecionou alguns projetos de lei que poderiam dar satisfação à sociedade, entre eles o que originou a lei anticorrupção. Assim, pressionados pela comunidade internacional que, de certa forma, também exigia resposta aos compromissos firmados no enfrentamento à corrupção, os parlamentares decidiram aprovar às pressas uma norma que, a tempo, tramitava. Ou seja, a Lei nº 12.846/2013 surge como uma tentativa de resposta ao pleito social e internacional com relação ao compromisso assumido pelo país em combater a corrupção.

Jacoby ressalta em sua obra que, no momento em que órgãos públicos escolhem episódios isolados para aplicar exemplarmente as leis, a norma deve ser recebida com cautela. Na mesma linha o Autor acrescenta "ponderação e parcimônia são necessárias para aplicação da nova Lei, e tais virtudes podem ser alcançadas com interpretação sistêmica". (JACOBY, 2014, p.32).

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, foi publicada no Diário Oficial da União no

dia seguinte e entrou em vigor 180 dias após a publicação, em janeiro de 2014, com partes vetadas pela Presidente Dilma.

O veto presidencial retirou do texto original a limitação do valor da multa, que não podia exceder ao valor do contrato, conforme previa o §6º do art. 6º. Assim, deu-se margem à aplicação de multas exorbitantes, que, no caso de pessoas físicas, poderia corresponder a pena de caráter perpetuo.

Reforça-se ainda mais a cautela sugerida por Jacoby quando da análise dos dispositivos vetados. Isso porque é possível inferir, por rápida alusão, que se objetiva a prisão perpétua da pessoa jurídica que é a maior vítima da corrupção e ficará a mercê dos superpoderes do Estado utilizados açodadamente.

Vários outros dispositivos que faziam o equilíbrio da norma foram vetados, como a consideração do comportamento do servidor público do órgão envolvido na dosimetria da pena, aspecto que faria relevante diferença na aplicação da sanção, tendo em vista que os atos de corrupção exigem um polo passivo e outro ativo.

Voltando ao cenário nacional de combate à corrupção, recordemos um passado mais recente da história brasileira está sendo revivescido nos dias atuais, em tempos de Lei Anticorrupção:

> Uma sequência de episódios reforça a impressão de que a corrupção sempre esteve entre nós. No século XIX, os republicanos acusavam o sistema imperial de corrupto e despótico. Em 1930, a Primeira República e seus políticos foram chamados de carcomidos. Getúlio Vargas foi derrubado em 1954 sob acusação de ter criado uma lama no Catete. O golpe de 1964 foi dado em nome da luta contra a subversão e a corrupção. A ditadura militar chegou ao fim sob acusações de corrupção, depostismo, desrespeito pela coisa pública. Após a redemocratização, Fernando Collor foi eleito em 1989 com a promessa de combater a corrupção, e foi expulso do poder acusado de fazer o que condenou. Nos últimos anos, as denúncias proliferam, atingindo todos os poderes e instituições da República e a própria sociedade (CARVALHO, 2013. p. 263).

Ocorre que as lembranças apontadas parecem estar acesas, pois as semelhanças não são meras coincidências. O que, de fato, acontece é que o tema da corrupção está sendo equivocadamente tratado.

Ao mesmo tempo em que possuía instrumentos suficientes ao combate à corrupção, no momento em que a Lei nº 12.846/2013 foi editada, aos olhos sociais, o Brasil estava em um imenso vácuo normativo no tocante à punição de pessoas jurídicas praticantes de atos de suborno. Isso porque, de maneira geral, as sanções eram limitadas a multas no valor máximo equivalente ao do contrato; as pessoas jurídicas eram atingidas tão somente de maneira reflexa

e no caso de restar comprovado o envolvimento do agente público; e no âmbito penal a responsabilização existia apenas com relação aos crimes ambientais.

Tendo em vista que o Decreto nº 3.678/2000 promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o Decreto nº 4.410/2002 promulgou a Convenção Interamericana para a corrupção e o Decreto nº 5.687/2006 promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, percebe-se que o Brasil já sinalizava a intenção de editar normas que responsabilizassem as pessoas que cometessem atos ímprobos, fossem elas físicas ou jurídicas.

1.1.1. O conceito de corrupção

O vocábulo corrupção se encontrava em auge no contexto histórico existente no momento de edição da Lei nº 12.846/2013. Por esse motivo, faz-se necessária a conceituação de referido termo.

Corrupção é o ato de corromper ou o resultado de subornar alguém em benefício próprio ou em nome de terceiros.

Corromper, por sua vez, segundo Ubirajara, "é influenciar a conduta de alguém por meio da oferta de vantagem ou recompensa, com vistas a obter desse sujeito dada prestação indevida, de interesse do próprio agente corruptor ou de terceiro". (COSTÓDIO, 2014, p.11).

Ainda no tocante à corrupção, Klitgaard (1994, p. 40) afirma, corretamente, que "é o comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados".

Nesse sentido, a corrupção se formaliza quando a busca pela satisfação de interesses privados é contrária e superior ao cumprimento dos deveres inerentes à função pública exercida.

Cabe ressaltar que "a corrupção não é um problema exclusivo do Brasil, mas um fenômeno mundial que prejudica o desenvolvimento e afeta a todos, cujo combate tem sido buscado por diversos países e inúmeras organizações internacionais". (NASCIMENTO, 2014. p. 94-95).

1.2. As inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013

Analisado o conceito de corrupção bem como a origem e o contexto histórico no momento de edição da Lei nº 12.846/2013, resta tratar das inovações por ela trazidas.

1.2.1. Considerações gerais

Antes de relacionar as alterações propriamente ditas, que foram trazidas pela Lei nº 12.846/2013, cabe explanação de algumas considerações gerais acerca do tema.

O ordenamento jurídico contempla diversos diplomas que integram o sistema brasileiro de combate à corrupção, tais como o Código Penal, as leis que compõem os denominado crimes de responsabilidade, a Lei da Ficha Limpa, Lei de Improbidade Administrativa.

Com tantas leis em vigor acerca da temática, a real preocupação recai sobre a relevância e a eficácia da Lei nº 12.486/2013, principalmente pelo fato de o Brasil ser signatário de compromissos internacionais de combate à corrupção. Essa preocupação gira em torno da segurança jurídica e da razoabilidade com que as autoridades aplicarão a norma.

Vale ressaltar que a aplicação da referida lei não deixará em segundo plano as demais normas, não menos importante, tais como a Lei nº 9.613/1998 (lavagem de dinheiro), a Lei nº 8.666/1993 (licitações e contratos), a Lei Complementar nº 101/2000 (responsabilidade fiscal), a Lei Complementar nº 105/2001 (sigilo das operações financeiras), a Lei nº 4.717/1965 (ação popular), Lei nº 7.347/1985 (ação civil pública), Lei nº 9.784/1999 (processo administrativo) e Lei nº 6.385/1976 (mercado de valores imobiliários).

Não há possibilidade atual de crítica mais profunda acerca da aplicação da Lei nº 12.846/2013, pois ainda não houve caso concreto. De toda sorte, a lei em comento traz uma ordem repressiva e preventiva no combate à corrupção. Nesse sentido, é válido atentar quanto aos prejuízos causados pela corrupção.

> A corrupção prejudica o meio ambiente, quando empreendimentos comerciais ou industriais recebem autorização indevida para funcionar mesmo sem preencher todas as condições técnica adequadas.
> A corrupção prejudica a livre concorrência e os consumidores, quando empresas obtêm vantagens ilícitas da Administração Públicas, e à custa disso, conquistam maior espaço no mercado, sem gerar um incremento na competição e na qualidade dos produtos postos em circulação. É o caso do pagamento de propinas a fiscais para receber em troca a tolerância oficial quanto a condutas de concorrência desleal, pirataria, contrabando, sonegação de impostos, infrações das regras de vigilância sanitária, falta de alvará, etc.
> A corrupção prejudica as finanças públicas quando empresas se unem a agentes

> públicos para fraudar licitações, superfaturar obras públicas, cancelar tributos devidos, desviar recursos de órgãos públicos em geral, aprovar leis e atos normativos de interesse meramente privado.
> A corrupção prejudica a Democracia e a República, pois torna a Administração Pública refém de interesses privados e minoritários, serviente apenas de grupos detentores de grande poder econômico, desviando os agentes públicos de sua função essencial de atendimento dos interesses coletivos, de modo isonômico.
> A corrupção prejudica igualmente o comércio internacional, pois distorce as condições de competitividade, tornando-o desequilibrado e desleal. (COSTÓDIO, 2014. p. 15).

O resultado é um processo longo de construção e de amadurecimento instrumental jurídico institucional para enfrentamento da corrupção. Essa construção passa pela criação da Controladoria Geral da União – CGU, em 2003, pelo fortalecimento da Polícia Federal, do Ministério Público, pela criação do Portal da Transparência, além da parceria e articulação entre várias instituições públicas, como COAF, Ministério da Justiça, Receita Federal, Tribunais de Contas e Prefeituras. Referida construção passou também pela intensificação da capacidade punitiva da própria administração.

O Brasil é um dos poucos países do mundo que, obrigado por lei, consegue divulgar todas as despesas realizadas, porém o procedimento está longe de ser satisfatório, ainda que as despesas sejam todas detalhadas.

A advocacia, sempre representando a sociedade, é ícone do combate à corrupção com a oficiosa OAB, mas sofre constantemente com a dificuldade de se ver um processo judicial chegar ao fim. Com a demora, as penas prescrevem.

A morosidade do Poder Judiciário, que também é interlocutor no combate à corrupção, acompanha o aumento da capacidade punitiva da administração, que se tornou mais intensa, sempre com a garantia do devido processo legal e garantia da ampla defesa e do contraditório. Prova dessa efetividade é o fato de que aproximadamente 90% das decisões administrativas são mantidas quando questionadas no judiciário.

Na outra vertente da relação delituosa, intensificou-se também a punição de empresas ainda com o instrumental jurídico preexistente à Lei nº 12.846/2013, como o cadastro de empresas punidas com suspensão em participação em licitações ou inidoneidade para licitar ou contratar. Esse cadastro foi criado para reunir as penas aplicadas em todo o país.

A finalidade desse cadastro em âmbito nacional é dar efetividade à norma. Isso porque a Lei nº 8.666/1993 estabelece que a empresa punida por um ente público não mais pode contratar com outro órgão. Ocorre que, antes da criação do referido cadastro, não havia como verificar esse impedimento.

Pela existência de diversas leis, como a de responsabilidade, a da ação popular, a de

improbidade administrativa e a de licitações, com capítulo próprio para os crimes, bem como pela tipificação dos crimes contra a Administração Pública no Código Penal, inclusive com a criação do tipo penal referente ao suborno transnacional, questionou-se a necessidade de edição da Lei nº 12.846/2013. Ocorre que, apesar de todo esse amparo jurídico existente, faltava, sobretudo, a possibilidade de se alcançar de forma direta, independente da demonstração de dolo ou culpa na conduta de uma pessoa física, o patrimônio da pessoa jurídica correspondente, para fins de ressarcimento aos cofres públicos e de aplicação de multas pesadas. Além disso, não se cumpria a exigência da convenção da OCDE, da qual o Brasil é membro, de dispor de uma lei que punisse as empresas brasileiras, ou estrangeiras aqui sediadas, que se envolvessem em suborno de autoridades e funcionários de outros países ou de organismos internacionais.

Apesar das inúmeras questões discutíveis acerca da corrupção, é a dimensão internacional que possui maior destaque, pela quantidade de acordos de cooperação e convenções internacionais em que o Brasil se encontra, quais sejam: a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e a da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, todas promulgadas no Brasil por Decreto.

Veja-se o seguinte destaque:

> O aspecto da regulação internacional que apresenta maior repercussão política entre os Estados e que tem se refletindo nas legislações e políticas domésticas é a regulação internacional que combate a corrupção praticada por empresas transacionais (TNCs). Isso porque, ao atuarem junto aos governos dos países a fim de tentar promover seus interesses, essas empresas podem ser consideradas um dos principais veículos da corrupção internacional. (LAUFER, 2013.p. 119).

Países mais desenvolvidos, como os Estados Unidos e o Reino Unido, já dispõem desde a década de 70 de mecanismos de combate à corrupção. A cobrança internacional sobre o Brasil deu-se à medida que cresceu, e cresce cada vez mais, sua presença na economia global. Isso porque o Brasil apresenta-se como grande competidor por conta das empresas que atuam em outros continentes, como África, Ásia, América Latina.

O Brasil encontrava-se na situação de devedor com relação à apresentação de uma norma de combate à corrupção por parte das empresas. Possuía, tão somente, o tipo penal de suborno transnacional, que atingia apenas pessoas físicas. É diante deste cenário que surge em 2010, ainda no segundo mandato do Presidente Lula, o Projeto de Lei nº 6.826. Referido projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional em 2010, e que transformado em Lei na lei Ordinária

em meio às crises de manifestações populares que assolaram o país em meados de 2013.

Apesar de a Lei nº 12.846/2013 ter sido aprovada somente em 2013, em decorrência da pressão popular sofrida, o projeto teve início em 2010. Após iniciativa do Presidente da República, o projeto de lei foi apreciado pela Câmara dos Deputados e, logo em seguida, ficou paralisado no Senado, até que em 2013, após pressão popular em decorrência da insatisfação da sociedade pelas denúncias de corrupção que dominaram os noticiários há época, restou aprovado.

Fato é que a corrupção não é elemento de insatisfação exclusiva brasileira, mas se estende a todo território mundial. A grande busca pelo combate à corrupção se deu no episódio estadunidense conhecido como Watergate, onde o parlamento norte americano aprovou a Lei Foreign Corrupt Practices Act e introduziu no ordenamento jurídico dos Estados Unidos a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica diretamente envolvida em casos de corrupção. Definiu-se, assim, a responsabilização da empresa independentemente da responsabilização individual das pessoas físicas envolvidas, o que serviu de modelo para a edição da lei brasileira anticorrupção.

Nessa ótica, Jacoby discorre da seguinte maneira:

> Sem apego nacionalista ou ufanismo, sempre que se importam modelos, pessoas com consciência procuram ter cautela para verificar a possibilidade de aderência do modelo importado, considerando lá como bem sucedido, para aqui. É que as estruturas organizacionais brasileiras são diferentes e podem não produzir os mesmos resultados (JACOBY, 2014, p.29).

Analisando as motivações dos Estados Unidos, percebem-se como principais alavancas a espionagem e a corrupção, onde se considerou cabível criar uma lei que tentasse impedir empresas nacionais ou estrangeiras de corromper servidores públicos e políticos.

Ocorre que após a edição da lei de combate à corrupção, os Estados Unidos envolveram-se novamente em escândalos de espionagem, que repercutiram tanto internacionalmente. Ou seja, o objetivo pretendido pela lei não restou alcançado, o que preocupa bastante a realidade brasileira com relação à norma aqui editada.

Os motivos ensejadores das normas de enfrentamento à corrupção que valeram no exterior, não pactuam com o modelo brasileiro, e, na verdade, a pobreza brasileira e mundial tem origem mais falta de gestão e de educação que na corrupção propriamente dita.

Ainda no âmbito da lei norte-americana, as investigações consideram a responsabilidade do Estado. Dessa forma, quando veiculadas pela imprensa, se as notícias

restarem inverídicas cabe reparação pelos danos causados.

Estados Unidos é um país famoso com relação às elevadas indenizações aplicadas, impondo responsabilidade em quem investiga e quem denuncia. O Brasil não dispõe de força jurisdicional para aplicação de indenizações eficientes e, quando fixadas, incorrem no instituto de precatórios.

Veja-se a observação de um administrativista crítico à Lei anticorrupção, Jacoby, que demonstra as influências estadunidenses no legislativo mundial:

> Se o povo estadunidense teve bons motivos para instituir norma equivalente, também teve motivos econômicos. Considere a ficção de u país, fortemente capitalista, ter somente empresas éticas. O comércio externo ficaria prejudicado por concorrentes que não tivessem os mesmos princípios. Daí justificável o esforço de impor aos países aliados ou dependentes norma equivalente (JACOBY, 2014, p.30).

O direito brasileiro tem influência no direito romano – germânico e no direito administrativo italiano, onde caberia perfeitamente a responsabilidade subjetiva no combate à corrupção. Isso porque no ordenamento jurídico brasileiro há o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que permite o alcance tanto de corruptos quanto de corruptores, restando apenas o aperfeiçoamento pela doutrina e jurisprudência.

A Corrupção já existia desde os tempos mais remotos. A própria Bíblia nos traz diversos exemplos de que a preocupação atual não é novidade.

> O injusto aceita suborno às escondidas, par distorcer o curso da justiça (PROVÉRBIOS, 17:23)
>
> Não perverta o direito, não faça diferença entre as pessoas, nem aceite suborno, pois o suborno cega os olhos dos sábios e falseia a causa dos justos (DEUTERRONÔMIO, 16:19).
>
> Não aceite suborno, porque o suborno cega quem tem olhos abertos e perverte até as palavras dos justos (EXÔDO, 23:8).
>
> Como se transformou em prostituta a cidade fiel! Antes era cheia de direito, e nela morava a justiça; agora está cheia de criminosos! A sua prata se tornou lixo, o seu vinho ficou aguado. Os seus chefes são bandidos, cumplices de ladrões: todos eles gostam de suborno, correm atrás de presentes; não fazem justiça ao órfão, e a causa da viúva até eles (ISÁIAS, 1:21-23).

1.2.2. Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica é o grande marco das novidades trazidas pela Lei nº 12.846/2013, por isso é necessário antecipadamente conceituar responsabilidade no

direito brasileiro.

Para Anacleto, a responsabilidade é "a condição jurídica ostentada por um sujeito de direito, em razão da qual ele deve suportar as consequências legais de certo fato ou de cada conduta humana, a ação ou omissão, licita ou ilícita, praticada por ele próprio ou por terceiro" (ANACLETO, 2014, p. 50).

Nesse sentido, a pessoa jurídica é responsável pelos atos lesivos causados à Administração Pública. Essa responsabilidade não é exclusividade da Lei nº 12.846/2013, pois o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no sentido de que a pessoa jurídica pode figurar no polo passivo de uma demanda e ser responsabilizada com seu patrimônio pela prática de determinado ato improbo (RESp. 970.393).

Acerca de responsabilidade, Hans Kelsen a diferencia de dever jurídico:

> Conceito essencialmente ligado com o conceito de dever jurídico, mas que deve ser distinguido é o conceito de responsabilidade. Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposta de um ato coercitivo (como sanção). Mas este ato coercitivo, isto é, a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida – como já se fez notar- contra o indivíduo obrigado, quer dizer, contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do ato coercitivo, contra o delinquente, mas pode também ser dirigido contra um ou outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. O individuo contra quem é dirigida a consequência do ilícito responde, é juridicamente responsável por ele. No primeiro caso, responde pelo ilícito próprio. Aqui o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são uma e a mesma pessoa. Responsável é delinquente potencia. No segundo caso, responde um indivíduo pelo delito cometido por outro: o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável não são idênticos (KELSESN, 1994. p. 133).

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade está intimamente em consonância com o dever jurídico, porém sofre tratamento diverso nas outras matérias do direito, ocasionando diversos efeitos controversos. É o que ocorre com a lei em estudo, onde se inova no aspecto da objetividade na punição das empresas.

Antes do advento da Lei nº 12.846/2013, as pessoas jurídicas já eram passíveis de punição pelos atos de corrupção cometidos. Isso ocorria por meio da Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, porém havia diversos obstáculos ao enquadramento das mesmas no conceito de "terceiros" previsto no artigo 3º da lei em comento. Alguns autores afirmam que tal definição somente pode ser aplicada a pessoas físicas. Nos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, "o terceiro jamais poderá ser jurídica". (CARVALHO FILHO, 2011. p. 993).

Ocorre que esse posicionamento não é majoritário, tendo em vista que a Lei nº 8429/1992 não distingue pessoas físicas e jurídicas. Considerando a possibilidade de aplicação da referida norma às pessoas jurídicas, vislumbra-se uma segunda barreira, qual seja a

identificação da autoria da prática do ato de improbidade. Isso porque "a responsabilidade de terceiros está condicionada à prática de um ato de improbidade por um agente público". (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. 2014, p. 714/715). Ou seja, a ação não pode ser proposta apenas contra o terceiro, sendo necessária a figura de um agente público no polo passivo.

A Lei nº 12.846/2013 enquadra expressamente as pessoas jurídicas como sujeitos ativos de atos lesivos contra a Administração Pública. Agora não há necessidade de se provar culpa ou dolo da empresa para sua punição com base na Lei 12.846/2013. Para a punição dos diretores ou qualquer pessoa física responsável, porém, será abordada a responsabilidade subjetiva.

A pessoa jurídica corruptora será alcançada diretamente em seu patrimônio pela via administrativa e, quando se tratar de via judicial, apenas pela esfera cível esse alcance será independente de culpa ou dolo, com responsabilidade objetiva. Sendo este o principal traço da Lei, conta ainda com sanções severas e eficazes para que tenham efeitos inibitórios. Assim, potenciais corruptores poderão avaliar os níveis de risco antes de cometer atos ilícitos em prol de empresas beneficiadas pela corrupção.

Um aspecto que ainda não está sendo destacado é o fato de a Lei nº 12.846/2013 poder ser utilizada como poderoso mecanismo na prevenção da corrupção, com estímulo à integridade privativa nas empresas. Com relação à prevenção, temos:

> No esboço jurídico da responsabilidade objetiva, a prevenção é elemento resolutivo para o afastamento ou para a minoração do risco da sanção. As sanções da lei, para serem evitadas, impõem às pessoas jurídicas a instalação, manutenção e aperfeiçoamento de mecanismos de gestão de recursos humanos direcionados a coibir a prática de atos infratores (ANACLETO, 2014. P. 187).

Isso ocorre pela adoção de controles internos, código de conduta, medidas de integridade corporativa, que funcionarão como principal fator atenuante das penas; e pelo estimulo geral que a lei dá à colaboração da empresa nas investigações, tomando a iniciativa de denunciar quando ocorrer um ilícito. Supondo que a direção da empresa não esteja diretamente envolvida, o empresário passará a ser o principal interessado, pois uma conduta lesiva ilícita praticada por qualquer preposto, empregado, terceirizado, despachante ou representante será de sua responsabilidade. Este poderá ser o fator transformador na relação entre o setor público e o setor privado.

Acerca do tema, temos que:

> A responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas que cometerem os atos lesivos previstos no art. 5º. é objetiva, nos estritos termos da norma contida no art. 1º. da lei. Por decorrência, o órgão julgador, para aplicar a sanção deverá tão somente aferir a existência da conduta e a lesão ou prejuízo para a Administração Pública- evidenciada na prova de conduta tipificada no art. 5.º. A responsabilização não depende, portanto, do elemento subjetivo da conduta, qual seja, a aferição de dolo ou de culpa, seja da pessoa jurídica, seja do agente que cometer a infração (SANTOS, 2014. p . 160).

Dessa forma, a responsabilização da pessoa jurídica passa a ser objetiva, pois "há que se perquirir, apenas nexo causal entre a conduta, sem que se precise buscar a presença de qualquer elemento de ordem subjetiva para caracterizar a responsabilização" (PETRELLUZZI, 2014, p.53).

A Lei busca exatamente em suas inovações o caráter social de responsabilização objetiva.

Antes de adentrarmos nas questões que giram em torno das disposições legais quanto ao caráter social da responsabilização objetiva da lei anticorrupção, não podemos nos esquecer de que a empresa também possui esse caráter social, pois como observa a advogada e colunista Paula Albuquerque, "a empresa não é um ente isolado em busca de lucro somente, pois sua atuação influencia o desenvolvimento ético, econômico e político da sociedade na qual se insere".

No mesmo sentido, ampliando a importância da empresa:

> Em um ambiente de governança as empresas são responsáveis pelo impacto que suas atividades podem ter sobre os aspectos sociais, políticos, econômicos e desenvolvimento da sociedade. A responsabilidade pelo controle de práticas de corrupção não é somente do Estado, mas também de todo o comércio". (MOROSINI, 2013, p. 261).

A responsabilização objetiva da empresa por atos de corrupção atrai a efetividade jurídica à obrigação social, exigindo delas uma atuação proba, preocupada com a ética dos funcionários.

A forma de a empresa ser responsabilizada objetivamente afasta a dificuldade em comprovar seu envolvimento em relação aos atos ilícitos cometidos por seus funcionários, não sendo necessário demonstrar o aspecto subjetivo da empresa nem considerar o dolo ou a culpa.

O principio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, resta prejudicado com a arbitrariedade da aplicação de sanção pela responsabilidade objetiva da empresa, pois se trata de uma exigência processual inquestionável, mesmo que nenhuma lei

assim disponha explicitamente.

Quando responsabiliza objetivamente as pessoas jurídicas, a Lei nº 12.846/2013 não está vinculando a responsabilização individual da pessoa física, que pode ou não ocorrer, a depender da comprovação do dolo ou culpa.

Entenda:

> A responsabilização objetiva da pessoa jurídica por atos lesivos à Administração Pública potencialmente pode produzir alterações significativas na gestão empresarial. Não se indaga, para que atribua responsabilidade por ato lesivo, nos termos da lei, do tipo subjetivo, bastando que se comprove a conduta lesiva, a infração a tipo objetivo e o nexo causal entre a conduta e a infração. Não há necessidade do processo de imputação subjetiva para que a pessoa jurídica responda por ato de empregado ou de quem atue em seu nome (ANACLETO, 2014. P. 186).

Ocorre que não se deve falar de maneira restrita em responsabilidade objetiva, como determina a norma, pois cabe a quem acusa o ônus de provar, regra essa clara em qualquer litígio. Não pode ser transferida às empresas a comprovação de que não são culpadas ou que não teriam a intenção, senão assim, passaríamos todos a integrar o banco dos réus.

Também contrário à responsabilidade objetiva da empresa resultante da mera existência de nexo causal entre o ato praticado e o resultado lesivo, Justen Filho (2013) alega que "essa responsabilização será objetiva, na acepção de que bastará a existência de um vínculo jurídico com a pessoa física infratora".

Vale ressaltar que, embora dirigentes e administradores tenham suas condutas analisadas sob o ponto de vista da responsabilidade subjetiva, a pessoa jurídica será responsabilizada objetivamente pelos atos ilícitos praticados. O problema principal dessa análise ocorre no caso de qualquer dos funcionários da empresa agir ilicitamente na intenção de prejudicá-la.

Observe que, recaindo as penalidades da Lei nº 12.846/2013 ao mesmo tempo sobre a pessoa jurídica e terceiros envolvidos, é possível a condenação de uma pessoa jurídica ainda que as pessoas físicas envolvidas restem absolvidas.

Não se fala em culpa no momento de responsabilizar civil ou administrativamente uma pessoa jurídica, bastando tão somente comprovar a existência de um ato lesivo à Administração Pública.

Na verdade, a Lei nº 12.846/2013 acabou copiando muitas previsões anteriores, servindo mais para silenciar o clamor social que para acabar com as brechas jurídicas existentes, por onde corruptos e corruptores escapam das sanções que lhes seriam cabíveis. Ou seja, no final das contas, referida lei perdeu a oportunidade de melhorar significativamente o sistema

jurídico brasileiro.

A responsabilização objetiva das pessoas jurídicas não representa inovação no ordenamento jurídico, uma vez que já vinha sendo adotada no âmbito da legislação ambiental, por exemplo. Infere-se tal posicionamento da simples leitura do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/1981:

> Artigo 14: [...] Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

1.2.3. Sanções

Primeiramente, vale ressaltar que a maioria das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013 não é novidade em nosso ordenamento jurídico. Isso porque várias delas podem ser encontradas em outras leis, como a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). A diferença fica por conta apenas do procedimento e das pessoas que serão punidas, uma vez que o conteúdo, em si, é semelhante. Vale ressaltar que devem ser compatibilizadas, sempre que possível, podendo ser aplicadas conjuntamente.

Dentre as inovações, encontram-se as penalidades administrativas elevadíssimas, como previsão de multa pela responsabilização da pessoa jurídica em atos de corrupção contra a administração, seja ela nacional ou estrangeira, através do processo administrativo.

Antes de adentrarmos nas nuances das sanções, vale destacar a manifestação pela Advocacia Geral da União, que deve preceder a aplicação das sanções administrativas previstas no art. 6º da Lei nº 12.846/2013.

Para aplicação das sanções dispostas na Lei, tem-se como requisito essencial à punição dos atos cometidos contra a Administração, a manifestação prévia pela AGU. Isso, inclusive, deveria ocorrer em qualquer matéria de punição por parte da administração, mas apenas a Lei Anticorrupção faz essa exigência.

A manifestação jurídica da AGU pela obrigatoriedade da Lei vem em forma de parecer de natureza obrigatória, ou seja, não se tratando apenas de parecer opinativo, mas sim com força executória.

> Pareceres administrativos são manifestações de órgão técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculado à Administração ou a particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por atos subsequentes. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva (MEIRELLES, 1966. p. 185).

Nesse "círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos" (MELLO, 2014.p. 148), temos que:

> Pela acepção constitucional, quando estiver em causa o interesse público na dimensão da atuação das pessoas jurídicas de direito público, notadamente os entes federados, a justiça – no âmbito administrativo ou judicial – somente será legitimamente obtida mediante participação e contribuição efetiva da advocacia pública. Por participação e contribuição efetiva entende-se aquela situação jurídica na qual as funções do advogado público possam ser exercidas com independência e autonomia intelectual e funcional, sem influência de caráter coercitivo, seja de que natureza for, tendo por objeto tão somente o interesse público ínsito no plexo de competências da entidade pública (SANTOS, 2014.p. 167).

No que tange às sanções administrativas por atos contra administração, o art. 6º da Lei enumera as que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos:

> Sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, por que tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela administração pública, materialmente considerada, pelo judiciário ou corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, e com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas (MEDINA, 2009. p. 95).

"A direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo" (FERREIRA, 2001. p. 63), é como Daniel Ferreira define sanção administrativa, que se caracteriza pela auto executoriedade. Ou seja, não necessitando de autorização judicial para a aplicação de sanções.

A norma não delega essa faculdade de punir à administração, a Lei obriga o administrador público a aplicar as sanções previstas quando comprovada a responsabilidade da pessoa jurídica.

Quando expressas em lei, as penalidades têm o condão da repressão, prevenção e

didática em inibir as empresas a cometer atos ilícitos, desestimulando práticas corruptivas.

> Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular á prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigações. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é, tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para sociedade (MELLO, 2014. p. 866).

1.2.3.1. Multa

A Lei nº 12.846/2013 dispõe que poderá ser aplicada às empresas envolvidas em corrupção multa no valor de 0,1 a 20% de seu faturamento bruto referente ao último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, ou de R$ 6.000,00 a R$ 60.000.000,00, caso não seja possível calcular esse faturamento.

A aplicação da multa dependerá do tipo da empresa condenada, pois a situação econômica é um dos critérios para dosimetria, segundo o artigo 7º da lei em questão. Temos, ainda, outros critérios a serem analisados no momento da dosimetria da multa, dentre os quais: a gravidade da infração, seu grau de lesão ou perigo, sua consumação ou não, a vantagem auferida ou pretendida pelo autor, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração do ilícito.

Quanto à natureza da multa, temos que:

> A multa tem natureza sancionatória a ser aplicada em percentual a incidir sobre uma base de cálculo definida, o faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. O percentual da multa deve ser fixado em juízo de estrita proporcionalidade, como visto. A fixação do quantum sancionatório a título de multa impõe para Administração processante, como condição de validade, apuração de valores de ordem financeira e contábil. Inicialmente deve ser apurado administrativamente o faturamento bruto da pessoa jurídica no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo (SANTOS, 2014.p. 161).

Veja-se que o cálculo da multa nunca poderá ser inferior à vantagem auferida, ainda assim a colaboração da empresa na elucidação dos fatos tem determinada importância para definição do montante devido, sendo possível a celebração do acordo de leniência, que pode reduzir até 2/3 o valor da multa.

Observa-se que a Lei nº 12.846/2013 traz os percentuais que podem ser aplicados, porém não define os critérios para que essa considerável variação, diga-se de passagem, ocorra. Tal fato acarreta insegurança jurídica e alta probabilidade de má aplicação.

Outro ponto que merece destaque é o fato de a multa aplicada basear-se no faturamento do exercício imediatamente anterior ao da instauração do processo. Isso porque as empresas podem possuir rendimento alto em determinado exercício e não ocorrer de maneira proporcional e equivalente nos demais. Se a multa for aplicada com base em um exercício de baixo rendimento, considerando-o como base tão somente por ser imediatamente anterior à instauração do processo, a multa pode não alcançar sua finalidade de punir e ensinar. Da mesma forma, sendo a multa aplicada em um exercício de rendimento extremamente alto e atípico, pode causar até mesmo a falência empresarial.

Além disso, vale ressaltar que a aplicação da multa aqui prevista não obsta a incidência da multa civil prevista no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque a base de cálculo é diferente e enquanto aquela se aplica à instância administrativa, essa é válida para a instância cível.

1.2.3.2. Publicação extraordinária da decisão condenatória

No que se refere à publicação da decisão condenatória, trata-se na verdade de decisão administrativa e deve ser feita com custas ao infrator. Ainda assim, com publicação na internet e fixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 dias no próprio órgão punidor.

Com relação ao prazo, a Lei nº 12.846/2013 falha em especificar tão somente o prazo mínimo. E qual seria o prazo máximo? O prazo prescricional da pena? O do ato lesivo?

Um dos princípios basilares do direito administrativo é o da publicidade, expresso no artigo 37 da Carta Magna. Para ter eficácia, o ato administrativo deve ser publicado, porquanto a Lei Anticorrupção exige que a sanção seja publicada extraordinariamente a fim de tornar pública a condenação da empresa.

Trata-se de uma punição que pode ter mais efeitos danosos do que a própria multa, como se observa:

> È sanção bastante significativa e pode produzir consequências mais severas para as pessoas jurídicas do que a pena pecuniária. A boa reputação das empresas tem, contemporaneamente, especialmente no que tange às grandes corporações, valor econômico direto e inegável. Um abalo de reputação ética pode produzir danos econômicos inestimáveis. Em uma ambiência corporativa e de mercado que preza pela responsabilidade social- que inclui o zelo pela coisa publica e abominação de práticas de corrupção – a divulgação da prática e da condenação por atos ilegais violadores de preceitos éticos fundamentais pode produzir efeitos desastrosos à imagem com reflexos importantes nas relações comerciais (SANTOS, 2014.p. 164).

Capítulo 2 - Do processo administrativo de responsabilização

Antes de adentrar as nuances do processo administrativo que preconiza a Lei nº 12.846/2013, devemos nos ater a um elemento com alta relevância no cenário da responsabilização da pessoa jurídica, que geralmente está representada por alguém que não é o dono. Por isso, vale ressaltar que, na seara da nova lei, os empresários não poderão excursar-se de suas responsabilidades por atos ilícitos de seus delegados alegando não ter conhecimento.

Das várias inovações inseridas pela referida lei, e apesar de existirem críticas no sentido de seu conteúdo copiar outros diversos dispositivos já existentes na temática de reprimenda à corrupção, tem-se a figura do preposto, pessoa que não deve ser confundida com o proprietário da empresa.

A atuação do preposto tornou-se preocupante, pois suas ações podem fugir às regras éticas, se corrompendo e comprometendo o empresário que, embora não tenha conhecimento dos atos alheios praticados, será possivelmente punido com o fechamento de sua empresa.

Ao se punir a empresa, os funcionários consequentemente serão demitidos, o que prejudicará todo e qualquer familiar que deles dependam para fins de sustento. Ou seja, por conta de ações externas e ilícitas de prepostos, no intuito de se beneficiarem, acaba se comprometendo toda a organização.

Mais uma vez o administrativista Jacoby salienta:

> A objetividade na responsabilização apenas da pessoa jurídica, mais uma vez, mostra-se nociva e desmotivadora da livre iniciativa preconizada pela Constituição Federal, fazendo incidir penalidades sobre quem não tem nada a ver com eventual ato ilícito praticado. (JACOBY, 2014, p.36).

A preocupação aumenta com essa nova forma de responsabilização e também com o acordo de leniência, a ser tratado no próximo capítulo, que pode ser usado como instrumento para prejudicar o empresário.

Essa busca incessante e arbitrária de responsabilização a qualquer custo pode acabar ferindo garantias fundamentais expressa na Carta Magna.

O capítulo IV da Lei nº 12.846/2013 traz o processo administrativo de responsabilização, cuja instauração para apurar a responsabilidade de pessoa jurídica compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes. O mesmo vale para o julgamento do referido processo. Essa competência pode ser delegada, mas não subdelegada.

A situação pode ocorrer de ofício ou resultar de provocação, sendo conduzida por uma comissão composta por dois ou mais servidores estáveis, designados pela autoridade instauradora. Essa comissão pode propor a suspensão dos efeitos do objeto da investigação, seja ele determinado ato ou o processo propriamente dito.

O processo administrativo de responsabilização restará concluído no prazo de cento e oitenta dias contados da publicação do ato que instituir a comissão, que apresentará relatórios acerca dos fatos apurados e de eventual responsabilidade da pessoa jurídica, além de sugerir as sanções a serem aplicadas no caso de confirmação. Havendo ato fundamentado pela autoridade instauradora, esse prazo de cento e oitenta dias poderá ser prorrogado.

Após a juntada do relatório, o processo administrativo será remetido à autoridade instauradora. À pessoa jurídica será concedido, a partir de sua devida intimação, o prazo de trinta dias para defesa.

Ou seja, pode-se dizer que o processo administrativo de responsabilização é composto por cinco etapas principais, bem definidas, quais sejam: Instauração, Instrução, Defesa, Relatório e Decisão.

A primeira etapa do processo é prevista no artigo 8º da Lei nº 12.846/2013. A instauração poderá ocorrer de ofício ou mediante provocação de pessoa física, maior de idade, ou jurídica, quando possuam direitos ou interesses passíveis de serem afetados ou representem que os tenha. O representante não pode figurar no polo processual passivo, mas tão somente atuar como noticiante da irregularidade.

Na sequência será criada a comissão, conforme determina o artigo 10 da referida lei, a fim de apurar fato específico, dando início à instrução.

Encerrada a instrução, terá início a terceira fase, que consiste na defesa da pessoa jurídica, a ser apresentada no prazo de trinta dias a contar de sua devida intimação, segundo orientação do artigo da lei em comento.

A quarta fase diz respeito à elaboração de relatório contendo, em todos os casos, os critérios norteadores da decisão tomada serão descritos por meio de relatório. Tais documentos devem indicar os fatos denunciados bem como as alegações e as cargas comprobatórias coletadas.

Na quinta e última etapa, a Advocacia Pública ou o órgão de assistência jurídica do ente público interessado manifesta-se a respeito das sanções relatadas pela comissão. Ou seja, é proferida uma decisão com o julgamento do processo administrativo pela autoridade competente, seguindo o caput do artigo 8º da referida lei.

Cabe ressaltar que em todas as etapas do processo administrativo de responsabilização resta garantido o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório. Referido princípio, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, tem relevância em todo e qualquer processo administrativo do qual resulte a aplicação de sanções. Resguarda ao acusado o direito de ter vista dos autos a fim de tomar conhecimento acerca dos motivos de sua persecução. Da mesma forma, possibilita a apresentação de sua defesa preliminar; a produção e a apresentação de provas que julgar necessárias; a assistência de um advogado etc.

Outro princípio encontrado no processo administrativo de responsabilização é o da Supremacia do Interesse Público, que pode ser definido como "as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide agir contra o particular". (JÚNIOR, 2013, p. 41). É por meio dele que a Administração Pública se sobrepõe ao ente privado a fim de garantir os interesses coletivos.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público encontra relação com o Princípio da Legalidade, constitucionalmente previsto tanto no artigo 5º, II, quanto no artigo 37. A finalidade deste é limitar a incidência daquele, de maneira que a Administração Pública somente possa

fazer aquilo que for prévia e legalmente previsto.

Segundo o Princípio da Impessoalidade, também previsto no artigo 37 da Constituição Federal, a atuação da Administração Pública não pode beneficiar propositalmente nenhuma pessoa física ou jurídica bem como o administrador resta descaracterizado como pessoa física, passando a representar tão somente os poderes do órgão.

Em complemento ao da Impessoalidade, surge o Princípio da Isonomia, segundo o qual a Administração Pública deve dispensar o mesmo tratamento a quem quer que seja. Ou seja, para todo administrado que se encontre na mesma situação, será aplicado o mesmo tratamento.

Outro importante princípio encontrado na Lei nº 12.846/2013 é o da Moralidade Administrativa, que determina a honestidade das condutas tomadas administrativamente. Referido princípio é previsto na Constituição Federal, na Lei nº 1.079/1950 e na Lei nº 9.784/1999.

Já o Princípio constitucional da Publicidade, determina que, salvo exceções, os atos administrativos tenham ampla divulgação, garantindo transparência na atuação da Administração Pública e acesso social às informações públicas.

Não menos importante, o Princípio da Proporcionalidade contribui para a moderabilidade do ato administrativo. O Princípio da Razoabilidade, por sua vez, norteia a atuação do administrador e constitui elemento de desempate em caso de conflito entre dois ou mais princípios aplicáveis. "A razoabilidade quer dizer a proibição de atuar a Administração Pública, arbitrária ou irracionalmente". (GORDILLO; GRECCO, 1977, p. 183 e 184).

Por fim, temos os Princípios da Boa-fé e da Segurança Jurídica, que podem ser analisados em conjunto, tendo em vista a relação entre seus conteúdos. A aplicação do Princípio da Boa-fé legitima os atos praticados enquanto a aplicação do Princípio da Segurança Jurídica garante eficácia aos atos já praticados, ainda que nova interpretação a eles sejam incorporadas.

2.1. A responsabilização administrativa

Considerar os ilícitos previstos no artigo 5º da Lei 12.846/13 como infração administrativa implica sujeitar os envolvidos em tais delitos ao julgamento da própria Administração, lesada e autora. Os atos investigatórios por ela realizados contarão com presunção de veracidade e de legitimidade assim como a sanção porventura imposta será dotada de eficácia imediata e imperativa.

> Para conferir eficácia plena à função de prevenção geral e a função de prevenção especial das penas, é obrigatória, sob pena de responsabilidade, a instauração de processo administrativo para apurar e punir a pessoa jurídica na forma da lei. Assim, em que pese não haver previsão expressa neste sentido, a interpretação teleológica da norma induz concluir que a autoridade pública que se omitir no que tange à apuração e punição dos atos lesivos à Administração Pública deve responder civil, penal ou administrativamente pela conduta omissiva (SANTOS,2014. P. 160).

Referidos atos administrativos, dotados de eficácia imediata, são impostos aos sujeitos privados e gozam da qualidade de título executivo, ou seja, dispensam a existência de prévio processo declaratório judicial. Ocorre que a simples suspeita de corrupção já constitui imenso gravame à empresa, independentemente de possível esclarecimento posterior acerca da inexistência da infração. A instauração de um processo administrativo, ainda que realizada pela autoridade máxima da Administração, atrai por si só um perigo de desvirtuamento.

As decisões tomadas pela Administração possuem finalidade pública, não podendo, assim, instrumentalizar uma imposição da vontade de determinado grupo político que esteja no poder. Para que seja aceita a instauração de um processo administrativo repressor da corrupção, deve se interpretar os atos de acordo com a concepção de Estado Democrático de Direito, onde a Administração não detém arbítrio, mas função.

Tendo em vista a estrita relação entre a Administração e o princípio da legalidade, os atos por ela praticados precisam respeitar e refletir a subordinação existente. Dessa forma, ainda que a pessoa jurídica seja dotada de responsabilidade objetiva, a Administração tem o dever de provar a existência tanto do dano quanto da conduta e, ainda, o nexo causal entre um e outro. Não compete ao particular comprovar os fatos, os danos administrativos e/ou o benefício para a pessoa jurídica. Traçar a linha de causalidade entre determinado fato ocorrido e o suposto dano por ele causado é atribuição da Administração e, no caso de ser comprovada a infração, a sanção aplicada deve seguir o princípio da proporcionalidade bem como o da razoabilidade. Em outras palavras, a punição deve ser razoável e compatível com a gravidade do delito, sempre fundamentada de maneira consistente.

A Administração deve cumprir estritamente o fim público a que se destina, ou seja, deve preservar a livre concorrência, a igualdade de oportunidades, a moralidade administrativa, o direito das empresas a um ambiente concorrencial sem distorções, quando atuam dentro da legalidade.

Para que seja considerada praticada a corrupção, é necessária na maioria dos casos a presença da pessoa jurídica bem como a do agente público, que tem o poder de fornecer o benefício pretendido pela empresa.

Em seu artigo 6º, a Lei nº 12.846/2013 trata da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas infratoras. Nessa esfera podem ser aplicados dois tipos de sanções, já tratados anteriormente, quais sejam: multa e publicação extraordinária da decisão condenatória.

No tocante à multa, ocorre variação no percentual de 0,1 a 20% do faturamento bruto referente ao exercício imediatamente anterior ao da instauração do processo administrativo, excluindo-se os tributos, e maior ou igual à vantagem auferida, quando possível sua estimação. Quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será cominada em valor compreendido entre R$ 6.000,00 e R$ 60.000.000,00.

A publicação extraordinária da decisão condenatória, por sua vez, pode ocorrer na forma de sentença; por meio de comunicação de grande circulação tanto na área de atuação da pessoa jurídica quanto na da prática da infração ou, inexistente esse, em meio de publicação de circulação nacional; por afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 dias, no próprio local de exercício da atividade, de maneira visível ao público, bem como em sítio eletrônico.

Tais sanções deverão ser graduadas de maneira coordenada e sistemática e podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, sendo a multa, por si só, capaz de encerrar as atividades de muitas pessoas jurídicas. A aplicação será realizada "de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e a natureza das infrações, que deverão ser fundamentadas (artigo 6º, parágrafo 1º)." (NASCIMENTO, 2014. p. 100).

Além da gravidade da infração, existem outros critérios para a aplicação das sanções administrativas, dentre os quais: as vantagens auferidas ou pretendidas pelo infrator, a situação econômica do mesmo, o grau de lesão ou perigo de lesão. O rol taxativo encontra-se no artigo 7º da Lei nº 12.846/2013.

Vale ressaltar que as sanções devem ser precedidas de manifestação jurídica da Advocacia Pública ou do órgão de assistência jurídica do ente público e sua adoção não exclui a obrigação de a pessoa jurídica reparar integralmente o dano causado.

2.2. A responsabilização judicial

Conforme pretendido pelo Legislador, a norma estabelece independência entre as instâncias administrativa e civil, sem afastar uma da outra, tendo em vista que tratam de sanções distintas.

Dessa forma mesmo que a empresa tenha sido punida administrativamente poderá ainda ser punida judicialmente, respeitado o devido processo legal e afastada qualquer

possibilidade de *bis in idem*.

Conforme preconiza o art. 21 da Lei, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347/1985, o que é suficiente para se concluir que a ação deverá ser coletiva na proteção do patrimônio público, somando-se com as outras leis que serão devidamente aplicadas.

Os legitimados para o polo ativo da ação são aqueles previstos no art. 19 da Lei nº 12.846/2013, quais sejam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Munícipios, por meio das Advocacias Públicas, órgão de representação judicial ou equivalente, e o Ministério Público.

Quanto ao polo passivo ficam as empresas com o monopólio, não alcançando referida lei as pessoas físicas. Nesse sentido dispõe o art. 3°, caput:

> Art. 3º: A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

As sanções previstas na instância judicial podem ser aplicadas de maneira isolada ou cumulativa. São elas: perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito obtido pela infração, de maneira direta ou indireta, ressalvados os direitos de terceiros lesado de boa fé; suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa; dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos pelo prazo máximo de até cinco anos.

Ressalte-se que a dissolução da pessoa jurídica caracteriza medida excepcional.

Nos processos em que o autor for o Ministério Público, também poderão ser aplicadas as penalidades previstas no art. 6º, multa e publicação da decisão condenatória, quando constatada a omissão da autoridade competente.

Entende-se que tal pedido não é exclusivo do Ministério Público como autor da ação, sendo plenamente possível também ser elaborado pelo órgão público lesado, por força do principio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF).

Outra reflexão preocupante, no tocante à tutela cautelar prevista no §4º do art. 19 da Lei nº 12.846/2013, é a possibilidade de o Ministério Público ou o órgão de representação judicial, como Advocacia Pública, requerer a indisponibilidade dos bens, direitos ou valores para a garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, de encontro com o disposto na lei de improbidade administrativa.

Em seu artigo 18, a Lei nº 12.846/2013 trata da responsabilização judicial das pessoas jurídicas, impondo-a ao lado da responsabilização administrativa. Dessa forma, a responsabilização administrativa da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua

responsabilização judicial, salvo quando expressamente previsto no acordo de leniência celebrado.

Se as pessoas jurídicas praticarem atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, atentando contra o patrimônio público, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, o Ministério Público poderá ajuizar ação na forma do artigo 19 da Lei nº 12.846/2013. Do mesmo modo, visando à aplicação de sanções às pessoas jurídicas infratoras, podem atuar a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou dos órgãos de representação judicial.

Previstos no artigo 5º da lei em comento, são considerados atos lesivos à Administração Pública de maneira geral:

a) Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
b) Comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos previstos nesta Lei;
c) Comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
d) Dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Já no tocante a licitações e contratos, são considerados atos lesivos:

a) Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
b) Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
c) Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
d) Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
e) Criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
f) Obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a Administração Pública, sem

autorização da lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;

g) Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-finaceiro dos contratos celebrados com a Administração Pública.

Quando restar provado que a personalidade jurídica foi utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos, será determinada a dissolução compulsória da pessoa jurídica. Isso também ocorre se a mesma tiver sido constituída a fim de ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Constatada omissão das autoridades competentes acerca da responsabilização administrativa da pessoa jurídica infratora, as sanções previstas no artigo 6º e no artigo 19, ambos da/ Lei nº 12.846/2013, poderão ser aplicadas concomitantemente nas ações ajuizadas pelo Ministério Público.

Vale ressaltar que, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 21 da lei em comento, a condenação da pessoa jurídica torna certa sua obrigação de reparar integralmente o dano causado. "As sanções decorrentes da responsabilização são duríssimas, razão pela qual a referida lei exigirá muito cuidado em sua aplicação". (NASCIMENTO, 2014. p. 107).

Várias são as vertentes justificadoras da opção pela responsabilização administrativa e civil e não aplicação de norma penal.

"A escolha pela responsabilização penal significa adentrar em terreno polêmico e tormentoso de embate jurídico-doutrinário "(Capanema 2014, p.16). O Legislador ao não acolher a responsabilização penal teve motivações pragmáticas, pois se não fosse assim ainda estaríamos em incertezas, ou melhor, em incertezas e controvérsias, o que prolongaria ainda mais a aprovação da lei.

Além disso, a maior sanção na esfera penal é a restrição da liberdade, o que para pessoa jurídica é impossível, sendo que a responsabilização administrativa e civil já se faz rigorosa em todo o contexto.

Capanema faz as seguintes observações:

> Vale observar, diante do apresentado, o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, segundo o qual o Direito Penal só se justifica quando fracassarem as formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito (CAMPANEMA, 2014, p. 16).

E completa:

> Por fim, ressalta-se que os processos civil e, sobretudo, administrativo, além de adequados, apresentam algumas vantagens, especialmente no que concerne à

> celeridade do procedimento de responsabilização. Ainda mais tendo em vista o processo penal brasileiro, excessivamente garantivista e repleto de recursos protelatórios Direito (CAMPANEMA, 2014, p. 16).

A opção pela responsabilização administrativa e civil visa de imediato tão somente à agilidade na apreciação das demandas, sendo um dos requisitos sancionados. Isso porque as decisões muito demoradas não têm como ser efetivas, fazendo imperar um sentimento de inoperância e impunidade.

Como efeito secundário da condenação, a Lei nº 12.846/2013 traz a reparação integral do dano causado à Administração Pública. Referida reparação é imprescritível, de acordo com o disposto no artigo 37, parágrafo 5º, da Carta Magna. Ou seja, pode ser demandada pelo Poder Público a qualquer tempo. Entretanto, ainda que condenada em diversas esferas, a pessoa jurídica efetuará o pagamento da quantia que alcance a reparação integral do dano uma única vez. Não pode haver enriquecimento ilícito estatal.

2.3. O devido processo legal

"O processo administrativo de responsabilização administrativa, sem prejuízo da responsabilização judicial, exigirá muito de todos os envolvidos". (NASCIMENTO, 2014. p. 113). Por esse motivo, todos os esforços deverão ser intensificados a fim de garantir a execução do processo legal, integrante dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, tendo em vista a gravidade das sanções passíveis de aplicação e as consequências dela advindas.

Um ponto relevante é o fato de que o Estado que analisa o fenômeno da corrupção é o mesmo que acusa e julga a questão posta, confundindo-se.

3. DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE*

Este capítulo tem o objetivo de abordar as principais características inerentes ao Programa de *Compliance*, conceituando-o de acordo com o previsto no artigo 7º da Lei nº 12.846/2013.

Também conhecido como programa de integridade, o *Compliance* constitui circunstância atenuante da pena de multa e caracteriza o estimulo à utilização de políticas internas a fim de reforçar o sistema de gestão corporativa, possibilitando o combate à corrupção.

3.1. Características

Inovação trazida pela Lei nº 12.846/2013, o programa de *compliance,* tem a função de combater o efeito derradeiro da corrupção, objetivando o atendimento interno das corporações no cumprimento de regras que inviabilizam a pratica corruptiva, com diretrizes e politicas que previnem as condutas ilícitas.

> Os mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica de que trata a norma dizem respeito à função de *compliance*. A expressão *compliance* é derivada do verbo inglês *to comply*, que significa cumprir e fazer cumprir normas legais, código de ética concorrencial e normas internas que regem determinada atividade econômica (ANACLETO, 2014. P. 187).

Ocorre que, novamente, não se trata de exclusividade da lei anticorrupção. A Lei nº 9.613/1998, Lei de Lavagem de Dinheiro, já previa sua adoção, embora se limitasse a exigi-la tão somente de instituições financeiras. Já a Lei nº 12.846/2013 determina que qualquer empresa possa adotar mecanismos de integridade, desde que tenha alguma relação com o Poder Público.

Poderão ser levados em consideração para aplicação das sanções, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades bem como à aplicação dos códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Isso é o que reza a lei em análise.

Não basta que a empresa possua um código de ética, o ideal é que haja ampla

divulgação deste instrumento dentro da corporação, para que todos o sigam rigorosamente.

Essas medidas são conduzidas para que a diretoria atue de frente com as irregularidades de seus funcionários no intuito de reduzir a penalidade caso venha a ser responsabilizada.

O programa de integridade deve ser criado conforme a realidade de cada empresa, levando em conta o tamanho da corporação, o mercado de atuação, e sua relação com o setor público. Deve mapear todos os riscos para dar real efetividade à empresa e, caso necessário, ser beneficiada pela redução da sanção.

A Lei nº 12.846/2013 traz o programa em sua redação:

> Art. 7º, VIII: Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...)VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; inova no sentido de incentivar as empresas a serem éticas quando contratadas pelo serviço público.

A norma não estabelece, porém, nada mais a respeito do tema, deixando para o Poder Executivo a incumbência. A Controladoria Geral da União, contudo, publicou recentemente em seu sítio uma cartilha de integridade onde norteia todo caminho a percorrer no desenvolvimento de um programa de *compliance.*

Não obstante a omissão legislativa, Capanema diz que "é possível considerar alguns parâmetros (...) que já algum tempo trabalham com avaliações de *compliance* – relevadas, obviamente, as devidas diferenças quanto ao escopo e às singularidades". (CAPANEMA, 2014. p. 23).

Observa, ainda:

> No Brasil, a avaliação das medidas de integridade deve ser adaptada, em especial, para as pequenas e microempresas, que, cada vez mais, integram com agentes públicos e fornecem produtos para o governo. De toda sorte, a adoção de medidas de integridade, diante da nova realidade que a Lei 12.843/2013 apresenta, não é mais uma opção, senão uma necessidade. E não somente porque a nova norma estabelece possibilidade de atenuação de penalidades, mas também porque, ao diminuir a probabilidade da ocorrência de irregularidades, diante de um cenário de existência de potencial punição, é racional e vantajoso economicamente se precaver (CAPANEMA, 2014. P. 25).

Por tratar-se de uma real necessidade, as empresas não deverão optar por adotar um programa de integridade, mas se obrigarem a fazê-lo, pois a prevenção é a melhor opção no cenário empresarial. O programa não é um respaldo de atenuante em penalidade, mas uma vantagem econômica no ambiente atual de potencial punição a todo custo por parte dos órgãos

de controle.

As sanções estabelecidas na própria Lei 12.846/2013 servem, por si só, de grande motivação para a adesão por parte das empresas a programas de integridade como esse.

Ainda assim é possível a redução de ações judiciais, de processos administrativos, redução de riscos financeiros e preservação da imagem e reputação da empresa.

"Os processos de *Compliance* adicionam valor a marca de qualquer empresa, porque a ética nos negócios é um diferencial de mercado e proporciona segurança tanto a acionistas quanto a dirigentes, empregados e investidores". (GIEREMEK, 2014, p. 01).

Percebe-se, assim, que os benefícios são imensuráveis, possibilitando até mesmo a estabilidade dos negócios.

> A existência de mecanismos de *compliance* voltados a evitar ou a reprimir atos lesivos à Adminsitração Pública demonstra a diligência e o cumprimento do dever de cuidado inerente ao trato dos negócios e atividades empresariais. No plano do tipo subjetivo do processo de imputação de responsabilidade tal diligência afastaria a culpa e o dolo, afastando a responsabilidade. Todavia, a responsabilidade por fato típico previsto na lei, repita-se, é objetiva. Desnecessária e irrelevante para o fim da responsabilização a prova de que não houve ação dolosa ou imprudente por parte da pessoa jurídica a ensejar a infração. Não pode a Administração Pública concluir pela irresponsabilidade da pessoa jurídica sob o argumento de que todos os deveres e cuidado e de prudência orientados a evitar a prática de atos lesivos por parte de empregados e colaboradores foram cumpridos. Tal conclusão não se coadunaria com o perfil jurídico da responsabilidade objetiva. A existência de mecanismos de *compliance* não autoriza afastara responsabilidade da pessoa jurídica por infração à lei (ANACLETO, 2014. P. 188).

A Lei em comento é a grande esperança para que as empresas fiquem atentas a possíveis desvios cometidos por seus funcionários, evitando assim penalidades administrativas e judiciais. Porém cabe a seguinte reflexão:

> É evidente que, por mais completo e estruturado que um programa de integridade seja, ele nunca será capaz de banir a ocorrência de irregularidades. O programa de existe para coibir problemas e falhas, e deve ser estruturado de forma a cercar, blindar todas as possíveis fragilidades. Logicamente, não é possível impedir que pratique alguma irregularidade. Mas deve ser a exceção, e não a regra. E o programa ademais, quando efetivo, deve ser capaz de identificar a ocorrência de violações, permitindo que a empresa adote medidas corretivas e saneadoras de forma tempestiva (CAPANEMA, 2014, p. 22).

Ainda assim, devemos observar o alcance do *Compliance*:

> É preciso tomar cuidado para que o programa de integridade não se torne uma comodity, um modelo pronto, um check list, uma receita de bolo a ser incorporada pelas empresas. O programa de integridade deve ser adaptado para atender às especifidades da corporação, levar em conta o tamanho, o setor de atuação, o grau de relacionamento da empresa com o setor público. Deve atender antes de tudo, ao mapeamento de riscos realizado, até porque é justamente essa customização que viabiliza sua efetividade (CAPANEMA, 2014, p. 22).

Nesta ótica, deve o programa de integridade ser efetivo para surtir os efeitos desejados, que por objeto da Lei é a integridade das empresas, e não servir de desculpas para cometimento de ilícitos e fugir com os benefícios concedidos pela Lei.

As pessoas jurídicas que desejam alinhar seu comportamento coorporativo tanto às políticas governamentais quanto às normas legais, de forma a detectar e prevenir condutas ilícitas devem adotar práticas cujo conjunto se determina *compliance.* Isso significa adotar controles internos que previnam e repreendam condutas ilícitas internas. Dessa forma, os atos praticados restam compatíveis com preceitos éticos e possibilitam a realização de boas práticas empresariais.

3.2. Pressupostos de estruturação

A Lei nº 12.846/2013 trouxe pressupostos a serem analisados a fim de verificar a eficiência do programa de *compliance.*

Esses requisitos encontram-se previstos tanto na Portaria nº 909 da Controladoria Geral da União quanto no Decreto nº 8.420/2015.

Para que o *compliance* funcione de maneira satisfatória, a doutrina entende ser essencial a análise de seus pilares estruturais.

Primeiramente, as empresas devem estar atentas às peculiaridades estabelecidas em cada companhia. Ou seja, para cada pessoa jurídica há uma estrutura diferente. A partir disso, devem ser analisados os riscos a que a empresa está exposta. Quanto menor for o contato da empresa com o setor público, menos estará exposta e, consequentemente, menos rigoroso será seu programa *compliance.* Por esse motivo não é viável que determinada empresa copie o modelo implantado em outra. Também deve ser levado em consideração o número de funcionários e a qualificação dos mesmos, o mercado de atuação, dentre outros fatores.

Após essa análise prévia, que determina o modelo de programa a ser adotado, é extremamente necessário o comprometimento da empresa em cumpri-lo. Deve haver empenho tanto dos dirigentes quanto dos funcionários.

O último pressuposto, mas não menor importante que os dois primeiros, é a existência de um suporte institucional. Ou seja, o programa de *compliance* precisa ser gerido por um departamento autônomo, eficiente e legítimo.

Além desses pressupostos, existem requisitos trazidos pelo Decreto nº 8.420/2015, dentre os quais merecem destaque:

a) Treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
b) Análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
c) Registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
d) Controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
e) Procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
f) Independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
g) Canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;
h) Medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
i) Procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
j) Transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

4. DO ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência consiste na transação celebrada entre particulares (pessoa jurídica) e a Administração Pública, quando a pessoa está envolvida em ilícitos, mas colabora com as investigações a fim de receber benefícios como isenção ou redução de penas.

Ou seja, o acordo de leniência é uma troca entre de favores entre o delator e o Estado, onde o primeiro fornece informações que viabilizam a fundamentação necessária à instauração do processo e, em contrapartida, recebe um abrandamento na sanção em que incorreria, ou até mesmo a extinção da mesma. O objetivo do acordo é obter informações, principalmente a respeito de outros autores e/ou participantes, por meio da apresentação e provas de autoria e materialidade.

De maneira concisa,

> Leniência significa suavidade, brandura, ternura, e no direitos brasileiro o uso desse vocábulo serve para qualificar determinados acordos celebrados entre a administração Pública e particulares envolvidos em ilícitos, por meio dos quais estes últimos colaboram com a investigação e recebem em benefício a extinção ou redução das sanções a que estariam sujeitos por tais ilícitos (COSTÓDIO, 2014.p. 232).

Assim como diversos outros itens já abordados nesse estudo, o acordo de leniência também não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, embora pela primeira vez esteja sendo usado contra a corrupção. Desde 2000, referido instituto vinha sendo utilizado no combate às práticas anticoncorrenciais pelo CADE.

Percebendo que nem mesmo as medidas mais agressivas seriam capazes de trazer à tona as provas indispensáveis a um processo bem sucedido de acusação, o legislador aparelhou o Estado com os mecanismos necessários à sua adaptação ao "*modus operandi"* da corrupção.

O acordo de leniência interrompe a prescrição. Caso seja descumprido, o prazo prescricional será reiniciado e a pessoa jurídica restará impedida de celebrá-lo novamente durante 3 (três) anos, a contar do momento em que a Administração Pública tiver ciência do descumprimento.

Pode-se dizer que o acordo de leniência é um instrumento importante no combate à corrupção, embora ainda não tão atrativo aos olhos de quem o celebra. Isso porque a empresa confessa uma infração e, em troca, obtém uma obscura redução na multa passível de aplicação. Pode, ainda, ser condenada em outras esferas, em território estrangeiro e, inclusive, ter decretada sua dissolução compulsória.

O artigo 28 do Decreto nº 8.420/2015, determina que o acordo de leniência seja "celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.666/1993" que, visando à isenção ou atenuação das sanções cabíveis, estejam dispostas a colaborar efetivamente com as investigações realizadas. Dessa colaboração deve resultar a identificação dos demais envolvidos na conduta ilícita, quando houver, e a obtenção de informações e/ou documentos que comprovem a infração investigada.

Aquele que aspire à celebração do acordo deverá:

a) Confessar sua participação na prática do ato ilícito;
b) Cessar completamente todo e qualquer envolvimento no ato lesivo, a contar da propositura do acordo;
c) Cooperar de maneira plena e permanente com as investigações;
d) Fornecer informações, documentos e todo e qualquer elemento que possa comprovar a infração administrativa;
e) Ser o primeiro a manifestar interesse em cooperar para a apuração do ato lesivo.

O acordo de leniência, oral ou por escrito, será proposto pela pessoa jurídica que expressamente declarar ciência acerca de ter sido orientada sobre seus direitos, garantias e deveres legais bem como sobre o fato de o descumprimento a qualquer das determinações ou solicitações feitas pela Controladoria Geral da União implica desistência da proposta.

O proponente poderá desistir até a assinatura do acordo de leniência. Nesse caso, serão devolvidos todos os documentos apresentados durante a negociação, sendo vedado seu uso para fins de responsabilização, salvo se deles a Administração Pública tiver conhecimento independentemente da apresentação da proposta de acordo.

4.1. Origem

No cenário internacional, a primeira experiência relacionada ao acordo de leniência ocorreu em 1978 nos Estados Unidos. À época, a rejeição do referido acordo era diretamente

proporcional ao grau de subjetividade que apresentava. Isso porque antes das investigações, a empresa delatora poderia ser beneficiada com a concessão de anistia. Entretanto, esse direito não era garantido, podendo ou não ser aplicado, de acordo com critérios discricionários aplicados pelo Estado.

Apenas em 1993 foram estabelecidos os requisitos necessários à concessão do acordo de leniência. Assim, a anistia passou a ser concedida automaticamente quando a empresa fosse a primeira a delatar o cartel. Se a delação fosse realizada antes de iniciadas as investigações, a empresa não seria submetida à discricionariedade do Departamento de Justiça. Caso a delação fosse posterior ao início das investigações, a empresa estaria sujeita a referido critério subjetivo. Além disso, tornou-se possível a celebração de acordo de leniência relacionado a outros ilícitos distintos do objeto da investigação.

Realizadas as alterações supracitadas, o programa tornou-se um verdadeiro sucesso e o número de acordos celebrados cresceu de maneira expressiva.

O acordo de leniência teve início no Brasil com a edição da Medida Provisória nº 2.055-4/2000, que posteriormente foi convertida na Lei Federal nº 10.149/2000. Como efeitos de sua celebração estão a possibilidade de extinção da ação ou a redução de 1 a 2/3 da sanção aplicável.

Com base na delação premiada prevista na Lei 9.807/99 remetida ao direito penal e aplicada inicialmente na Lei Antitruste, a Lei Anticorrupção traz essa novidade no âmbito das pessoas jurídicas.

> O acordo de leniência de que trata o art. 16 da Lei anticorrupção apresenta a mesma natureza conceitual daquela praticada no direito antitruste, pois representa um acordo de colaboração entre o poder Público e o particular investigado por prática de ato lesivo à Administração Pública nacional ou estrangeira, mas com algumas peculiaridades relevantes (...) (COSTÓDIO, 2014.p.233).

O Projeto de Lei nº 6.826/2010, que deu origem a Lei anticorrupção, em seu texto inaugural não previa o instituto do acordo de leniência.

Paula Forioni discorre acerca da utilização do instituto:

> Acordo de leniência pode ter lugar em qualquer hipótese de infração à ordem econômica, mas acaba empregado quase que exclusivamente nos casos de cartéis pelas dificuldades inerentes à desse tipo de infração. (Forginoi, RT, 2012, p.151).

A Lei 12.846/2013 traz o acordo de leniência como inovação na busca da responsabilização da pessoa jurídica, para aquelas que desejem cooperar com a Administração Pública. Possui estímulos dispostos em seu texto, na esfera das investigações, para apurar a

participação em atos de corrupção. Quando celebrado o Acordo de Leniência, existe a chance de se reduzir em até 2/3 uma multa que possivelmente será aplicada. Em algumas situações pode, inclusive, deixar de ser penalizado, como na exclusão da penalidade de publicar a decisão administrativa e não ser declarado inidôneo, conforme remete a Lei nº 8.666/1993, Lei de Licitações e Contratos.

Nos artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção estão traçadas todas as regras referentes ao instituto da Colaboração Premiada no âmbito da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Apesar de a norma ser federal e necessitar que cada ente federado regulamente a Lei de acordo com as peculiaridades existentes em sua região, a empresa que adere ao acordo, colabora com as investigações, e recebe os benefícios da leniência.

Questiona-se muito a intenção da empresa em colaborar: "Mas por que as empresas cooperariam com o governo se o acordo de leniência implica admissão de participação no ilícito? E ainda, por que cooperariam se não há, pela celebração do acordo, nenhuma isenção de culpa das pessoas físicas envolvidas?". (CAPANEMA, 20014. p.26).

Ressalta ainda nesse contexto:

> Além da possibilidade da aplicação de multas muito elevadas, a declaração de inidoneidade também pode ter efeitos nefastos, dependendo da representatividade dos negócios com o governo no âmbito do faturamento de determinada empresa(Op. Cit.).

O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Ayres Brito, discorreu em palestra realizada na Seccional da OAB – DF, que teve como tema: "O Poder Judiciário, as Empresas e a Lei Anticorrupção". Os debates foram iniciados com considerações pontuais sobre o acordo de leniência, que se acredita ser uma espécie de premiação ao infrator. Ayres Brito afirmou ainda que tanto o acordo de leniência quanto a colaboração premiada, no campo penal, são mecanismos de sanção premial. O direito, como técnica de controle social, alcança melhor seu resultado se valendo de prêmio de recompensa.

O instituto é considerado válido apenas quando realizado de maneira espontânea, não podendo a colaboração ser utilizada como instrumento de coerção ou de coação. Por isso a própria Lei 12.846/2013 em seu art. 16 trata o instituto como sendo uma colaboração e não uma obrigação, tanto que se a empresa não quiser colaborar, não está vinculada ao acordo.

> Ante o cenário de potencial insegurança, a prática de irregularidades não pode ser mais o *modus operandi* das empresas, e as falhas identificadas devem ser corrigidas e superadas, ainda que impliquem expurgar de seu corpo diretivo e quadro de funcionários pessoas que agem de forma corrupta e afrontam todo o sistema de prevenção e *compliance* instituído pela empresa (CAPANEMA, 2014.p.26).

No evento, o Ministro observou que o acordo de leniência é um "pacto de cooperação de uma empresa envolvida em algum tipo de ilegalidade, que se compromete a auxiliar no desvendamento de crimes, de tramas criminosas".

Os crimes que são objetos do acordo devem ser contra o patrimônio público, o Erário, os bens da administração envolvida, os valores e os recursos financeiros inerentes à coletividade.

Importante frisar que a empresa leniente recebe os benefícios esculpidos nos incisos do §2º do artigo 16 da Lei 12.846/2013, podendo inclusive ser agraciada com todos os estímulos previstos. Por esse motivo, o acordo de leniência pode ser conceituado como "sanção premial".

Nesse sentido:

> Não se pode perder de vista que a sanção não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de restauração ou compensação dos danos ocasionados pelo ilícito praticado. Ao lado da sanção existem outros instrumentos que possuem o condão de atingir o interesse público de forma mais eficiente e econômica, tal como ocorre com o acordo que substitui processos sancionatórios por medidas preventivas e compensatórias do dano. Não se trata de dispor do interesse público, mas, ao contrário, da escolha do melhor instrumento para sua implementação (OLIVEIRA, 2014, p. 754).

Acordo de leniência é a cooperação da empresa envolvida em atos de corrupção, se comprometendo a colaborar no desvendamento dos crimes em que participou, com o auxílio no sentido de revelar todo o esquema envolvido contra o patrimônio público, os danos ao erário e a delação de todas as outras empresas envolvidas.

> De certo, qualquer previsão no Acordo de Leniência no sentido de possibilitar a exclusão da responsabilidade de pessoas físicas iria contra o próprio espírito da Lei. Ocorre que, tendo em consideração total e irrestrito não compactuamento das empresas com as irregularidades, tende a ser natural que se blindem e se previnam ao máximo, e também que se reportem ao poder público toda vez que identificarem violações graves por parte de seus agentes, de forma a mitigar as penalidades e manter a confiança interna e externa quanto ao funcionamento e efetividade de seu programa de compliance. (CAPANEMA, 2014.p.27).

Com a inserção deste instrumento de combate a corrupção, "a previsão do acordo de leniência na Lei Anticorrupção retrata uma tendência típica da Administração Pública consensual e de resultados". (REZENDE, 2014, p. 754).

O professor ainda salienta:

> Em razão da pluralidade de interesses públicos e da necessidade de maior eficiência na ação administrativa, a legitimidade dos atos estatais não está restrita ao

> cumprimento da letra fria da lei, devendo respeitar o ordenamento jurídico em sua totalidade (REZENDE, 2014, p754).

Para Aurélio Buarque de Holanda, o termo leniência corresponde à brandura, suavidade, doçura ou mansidão. Inserido o termo na lei antitruste, remete-se à ideia de atenuação da sanção a ser imposta quando da ocorrência de práticas anti-concorrenciais.

> Acerca do acordo de leniência, é evidente que a palavra está mal empregada, pois leniência origina do latin Lenies, derivando a palavra para lenitivo, que se traduz como alívio. Melhor teria sido lenimento, do latim lenimentum, aquilo que embrandece, que suaviza, que mitiga. (JACOBY, 2014.p. 45).

A celebração do acordo de leniência estampado no art. 16 da Lei nº 12.846/2013, já alterada pela Medida Provisória nº 703 de 2015, ocorre em todos os níveis da federação, União, Estados e Munícipios, por meio da competência de cada órgão, ou seja, na medida em que a infração ocorre em determinada esfera de governo e em detrimento de algum órgão específico.

As empresas que participam de atos de corrupção em qualquer órgão do governo ou que estejam sendo investigadas podem requerer a celebração do acordo de leniência, contanto que a colaboração seja proveitosa no sentido de surtir efeitos na elucidação dos fatos.

A colaboração deve resultar na identificação dos demais envolvidos, comprovação das informações fornecidas, cooperando em face de sua responsabilidade objetiva e aplicação por parte da empresa de mecanismos de *compliance.*

O legislador exige que o acordo de leniência tenha resultados, senão não haveria a intenção na celebração, para evitar que empresas façam uso da Lei para esconderem suas práticas corruptivas.

Quando celebrado o acordo as consequências são estendidas ao grupo empresarial que compõe a pessoa jurídica integrante da colaboração, conforme estabelece o §5º do art. 16.

> O privilégio de firmar acordo é concedido a quem causa a lesão e adota algum dos meios eleitos pela norma para minorar as consequências, contribuindo com as investigações, indicando os demais envolvidos ou prestando informações e documentos para tornar célere a apuração. O incentivo é plenamente justificável, em bom tempo trazido para seara administrativa(JACOBY, 2014.p. 45).

Para que o acordo de leniência se torne público antes da celebração oficial, a lei exige que seja apenas no interesse das investigações e do processo administrativa, caso contrário só poderá ser divulgado quando efetivado a colaboração.

Em consulta realizada através do site da Controladoria Geral da União, pelo mecanismo de consulta pública previsto na Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011, a Controladoria Geral da União se manifestou no sentido de que até o momento não havia sido

realizado nenhum acordo sob sua competência e que os acordos em tramitação são sigilosos, conforme dispõe o §1º, art. 31 do Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei 12.846/2013.

A Controladoria Geral da União poderá propor o acordo de leniência conforme dispõe o Decreto regulamentador e ainda possui competência para requisitar autos de processo administrativo em curso que versem acerca do acordo em análise.

> A Controladoria – Geral da União – CGU ganhou destaque, com competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou avocar os processos instaurados, para exame ou correção, bem como os acordos de leniência previstos na legislação. Introduziu –se um viés investigativo à avaliação da gestão pública. (JACOBY, 2014.p. 45).

Quando da celebração, caso ocorra descumprimento de seu conteúdo, a pessoa jurídica envolvida não poderá celebrar novo acordo pelo prazo de três anos. Essa determinação ocorre por meio do disposto no §8º do artigo 16 da Lei Anticorrupção. Além disso, a apuração da responsabilidade e a prescrição serão reestabelecidas.

A lei de licitações e contratos, Lei nº 8.666/93, traz em seus artigos 86 a 88 o rol de sanções aplicáveis pelos ilícitos praticados, o que possibilita pela Lei Anticorrupção a celebração de acordo visando à atenuação nas penalidades impostas ou até a mesmo uma isenção, conforme preconiza ao art. 17 da lei nº 12.846/2013.

> Falhou a lei, no entanto, em deixar de fora a recuperação do prejuízo causado como condição para a celebração do acordo de leniência, e não como consequência dele, perdendo a oportunidade de resolver a questão de fundo que realmente importa: reparar a lesão (JACOBY, 2014. P.45).

Por fim, vale ressaltar que o acordo de leniência celebrado administrativamente não gera efeitos na esfera cível.

4.2. Legitimados

Diferentemente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE que deu início à aplicação do instituto da colaboração premiada pelas empresas, onde é o único legitimado para a efetivação do acordo, no caso da Lei nº 12.846/2013, o disposto no artigo 16, estabelece que:

> "a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nessa Lei que colabore, efetivamente com as investigações e o processo administrativo".

Ocorre que foi editado a Medida Provisória nº 703/2015 alterando o caput do art. 16,

assim dispondo:

> "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo".

Do texto inicial, depreende-se que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal deverão regulamentar a lei anticorrupção, indicando conforme sua estrutura quem será a autoridade ou órgão responsável para celebrar o acordo. Na esfera federal, o §10 da Lei 12.846/2013 determina que a legitimada para a celebração dos acordos será a Controladoria Geral da União.

O referido parágrafo não foi editado pela Medida Provisória 703/2015, mudando apenas com o texto precário o conteúdo do caput do artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, suprimindo a competência dos supostos órgãos onde estariam sendo cometidos atos de corrupção pelas empresas. Isso demostra prudência do legislador em não manter poderio tão insurgente por parte do gestor, que por ora também estaria envolvido na prática que apuraria a responsabilidade, como pretende a norma anticorrupção.

"A vítima da corrupção, nesse caso, é a pessoa jurídica envolvida" (JACOBY, 2014, p. 35). É essa célere menção preocupante do autor que reflete acerca dos superpoderes adotados pelo legislador originário da norma em comento. Na ocasião teve o freio do Poder Executivo, sabido do maleficio do dispositivo acima ser mantido no ordenamento jurídico.

Antes mesmo da MP 703/2015, autores já previam o desastre do art. 16 da Lei 12846/2013, senão vejamos:

> "Tal providência parece indispensável, embora o texto da cabeça deste artigo enuncie que tal acordo de leniência será celebrado pela "autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública"".

Salienta ainda,

> "A falta de tal regulamentação, considerando a existência de centenas de órgão e dezenas de entidades públicas no âmbito interno da Administração Direta e Indireta dos diversos níveis de governo, é fácil perceber a confusão administrativa e a insegurança jurídica a ser gerada". (COSTÓDIO, 2014, p. 234)

Percebe-se a clara preocupação, da periculosidade da competência delegada aos órgãos envolvidos nas práticas corruptivas das pessoas jurídicas ali contratadas, podendo tal poder se tornar como elemento de aumento da corrupção e servido não apenas como dispõe a ementa da

Lei, que é a responsabilização da pessoa jurídica.

4.3. Requisitos

Conforme previsto na Lei 12846/2013 o acordo de leniência terá como cerne de seu conteúdo tanto os ilícitos do art. 5º, os "atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira", quanto os dispostos na Lei nº 8.666/1993.

Quanto ao objeto do acordo de leniência, importante registrar que, "assim sendo, quanto mais detalhado restar documentado no acordo o tipo de colaboração que se espera do particular, mais fácil será, ao final, aferir o seu cumprimento ou não" (UBIRAJARA, 2014, p.234). Trata-se aqui de grande espaço dado pela norma às cláusulas do acordo para sua efetividade plena.

Para que seja efetivo o pacto, requisitos são descritos na lei, em seu artigo 16, §1º, sendo necessário que a empresa seja a primeira a se manifestar, cessar envolvimento e admissão das práticas como forma de confissão, requisitos esses causadores de desmotivação para celebração do acordo.

Tendo em vista a MP 713/2015, que suprimiu o requisito da confissão e da inauguração das manifestações, possibilitando menor resistência empresarial na busca pela leniência.

Quando da celebração do acordo, benefícios aplicam-se de imediato ao leniente, que fica livre das sanções e tem reduzidas as possíveis multas, sendo tais efeitos estendidos às pessoas jurídicas que compõem o mesmo grupo econômico, para que possam continuar a receber incentivos e até mesmo contratar com o serviço público.

Outro efeito relevante expresso nos artigos 16, §9º, e 25, ambos da Lei nº 12.846/2013, é a interrupção do prazo prescricional dos atos ilícitos previsto na lei anticorrupção, o qual é de cinco anos contados da data da cessação dos atos ilícitos ou da data da ciência dos fatos por parte da Administração Pública.

Considerações Finais

No intuito de dar uma resposta satisfatória ao incessante clamor social, cumprir compromissos internacionais acerca do combate à corrupção e introduzir no ordenamento jurídico mecanismos robustos que pudessem estimular as pessoas jurídicas a romper a conexão de corrupção com a Administração Pública, o Brasil inovou mais uma vez.

Restou provado um avanço legislativo no combate à corrupção, embora a real necessidade de edição da lei nº 12.846/2013 tenha sido questionada diante da existência de tantos outros diplomas jurídicos relativos ao tema.

A análise da referida lei, realizada sob o enfoque do Direito Administrativo, buscou demonstrar as inovações por ela trazidas. Nesse aspecto, merece destaque a polêmica responsabilidade objetiva adotada quanto aos atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas, ainda que por meio de terceiros com os quais mantenha algum vínculo.

Reconhecendo as dificuldades na descoberta e na punição dos mais diversos atos ilícitos praticados por empresas, a Lei prevê mecanismos como o Programa de *Compliance***,** que estimula ao setor privado a atuar de maneira preventiva no combate à corrupção, e o chamado Acordo de Leniência, que possibilita aos infratores a redução, e até mesmo a extinção, da sanção correspondente à conduta.

Apesar de ter sido editada com boas intenções, a Lei nº 12.846/2013 deixou a desejar no que diz respeito à melhora efetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, copiou dispositivos de diversas outras leis e deixou de tratar de detalhes relevantes. Dessa forma, mecanismos como o Programa de *Compliane* e o Acordo de Leniência precisam ser tornados mais atrativos aos olhos de seus beneficiários.

Ao contratar com a iniciativa privada, o Estado reprime condutas que ferem a legalidade, o estado democrático de direito, a proteção e eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Ocorre que é impossível fiscalizar toda e qualquer conduta empresarial realizada internamente.

Sob esse ângulo, na busca de uma boa governança, o legislador incorporou ao ordenamento jurídico a Lei nº 12.846/2013, que se tornou relevante ferramenta de combate à corrupção.

Não podendo atropelar as liberdades políticas constitucionalmente garantidas, a norma vem ao encontro de toda a legislação que preconiza o dever de boa administração, que a muito deixou de ser apenas responsabilidade do Estado e se tornou o conjunto que integra sociedade, empresas e governo. Além disso, a Lei nº 12.846/2013 não permite que a corrupção se torne inimiga da República.

Referências

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizados.** 4. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** Os conceitos fundamentais e a construção de um novo conceito. São Paulo: Saraiva, 2009.

Bíblia Sagrada. Edição pastoral. São Paulo: Paulus Editora, 1990.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6826 de 2010. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.
Órgão de origem: Poder Executivo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400. Acesso em 23 mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição federal.** De 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União.** Brasília, p.1(anexo), 05 out. 1988. Seção I.

BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União,** Brasília, 1º dez. 2000. Seção I.

BRASIL. Decreto nº 4.411, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1969, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 08 out. 2002.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a convenção da Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º fev. 2000.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 31 dez. 1940. Seção I.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, n. 53, p.3, 19 mar. 2015. Seção I.
BRASIL. Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 09 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras

providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 mar. 1998.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 02 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, n. 148, p.1, 01 ago. 2013. Seção I.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, José Murilo de. **O Mau Ladrão: basta de corrupção.** 1. ed. Rio de Janeiro. Ed. Casa da Palavra. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste.** 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

GORDILLO, A; GRECO, T. M. A. **Princípios Gerais de Doreito Público.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 5, 1977. Disponível em: <http://www.fadipa.br/pdf/selmeathayde.pdf> Acesso em: 20 mai. 2016

JÚNIOR, J. C. **Revista de Informação Administrativa.** DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO, São Paulo, n. 58, 2013. Disponível em: <web.trf3.jus.br/diário/Consulta/BaixarPdf/8960> Acesso em: 20 mai. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 4. Ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1994.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 2.ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 185.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). **Lei Anticorrupção Empresarial**: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Coleção Jacoby de Direito Público; v.

13).

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Ed. RT. 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

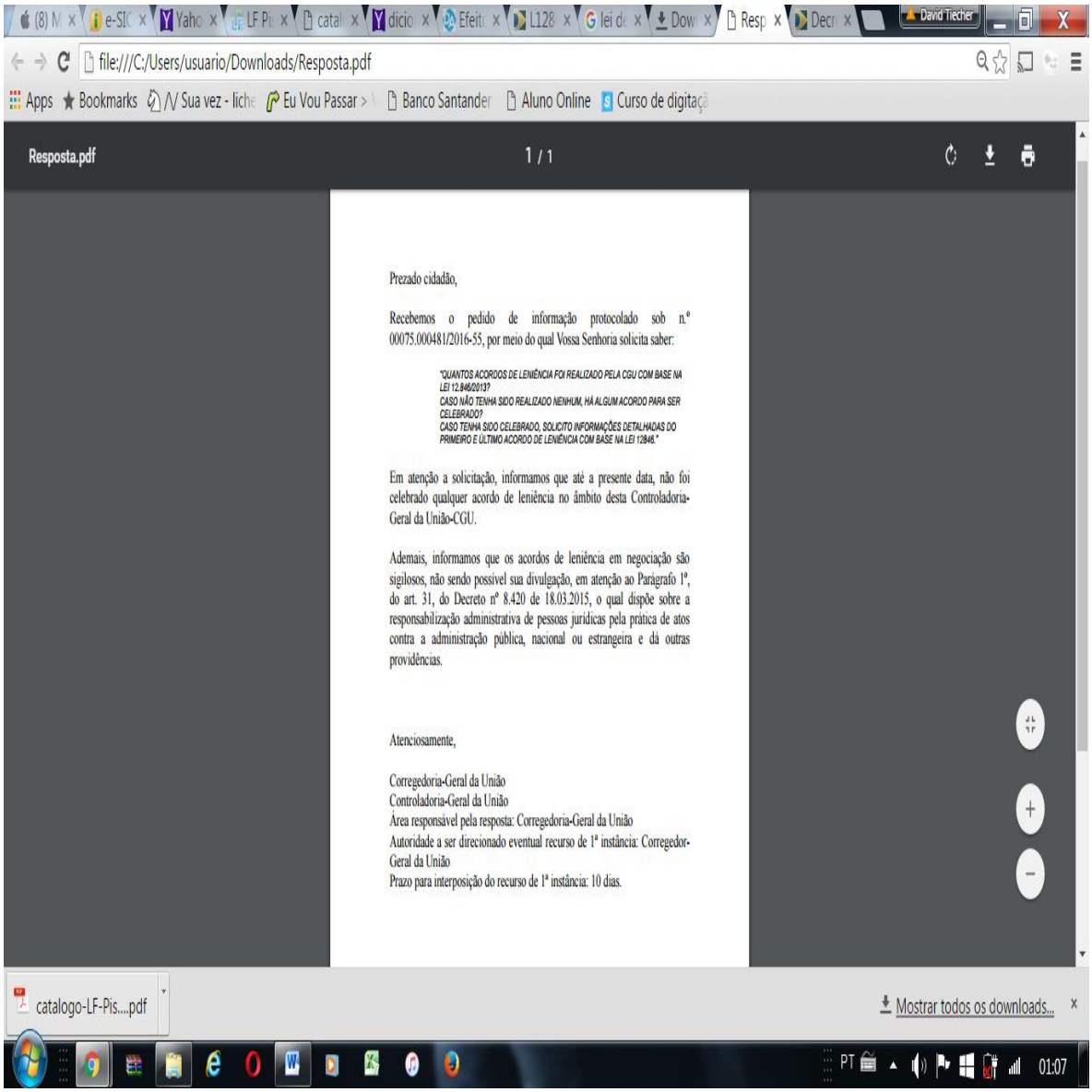
PISCITELLI, Rui Magalhães. **Contratações e Demais Ajustes da Admnistração Pública:** A Teoria Aplicada À Prática com Enfoque na Área Federal. Brasília: s.n, 2011.

PISCITELLI, Rui Magalhães. Da prescrição do poder de polícia no âmbito da Administração Pública federal brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 279, 12 abr. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5081>. Acesso em: 6 abr.2015.

SANTOS, BERTONCINI, FILHO, José Anacleto Abduch, Mateus, Ubirajara Costódio. **Lei Anticorrupção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

SOUZA, Jorge Munhos. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). **Lei Anticorrupção.** Salvador. Juspodium, 2015.

Anexo A



Resposta.pdf

1 / 1

Prezado cidadão,

Recebemos o pedido de informação protocolado sob n.º 00075.000481/2016-55, por meio do qual Vossa Senhoria solicita saber:

"QUANTOS ACORDOS DE LENIÊNCIA FOI REALIZADO PELA CGU COM BASE NA LEI 12.846/2013?
CASO NÃO TENHA SIDO REALIZADO NENHUM, HÁ ALGUM ACORDO PARA SER CELEBRADO?
CASO TENHA SIDO CELEBRADO, SOLICITO INFORMAÇÕES DETALHADAS DO PRIMEIRO E ÚLTIMO ACORDO DE LENIÊNCIA COM BASE NA LEI 12846."

Em atenção a solicitação, informamos que até a presente data, não foi celebrado qualquer acordo de leniência no âmbito desta Controladoria-Geral da União-CGU.

Ademais, informamos que os acordos de leniência em negociação são sigilosos, não sendo possível sua divulgação, em atenção ao Parágrafo 1º, do art. 31, do Decreto nº 8.420 de 18.03.2015, o qual dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

Atenciosamente,

Corregedoria-Geral da União
Controladoria-Geral da União
Área responsável pela resposta: Corregedoria-Geral da União
Autoridade a ser direcionado eventual recurso de 1ª instância: Corregedor-Geral da União
Prazo para interposição do recurso de 1ª instância: 10 dias.

catalogo-LF-Pis....pdf

Mostrar todos os downloads...

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

MÁRCIA MARIA DE OLIVEIRA ASSUNÇÃO FARIAS

UMA DISCUSSÃO ACERCA DO RESULTADO DETERMINISTA DAS PESQUISAS DA NEUROCIÊNCIA SOBRE A LIBERDADE HUMANA FRENTEÀ CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL

Brasília/DF
2016/1

Revista Jurídica de Monografia. Brasília, v.2, n.2, jan.,/jun.2017.

MÁRCIA MARIA DE OLIVEIRA ASSUNÇÃO FARIAS

UMA DISCUSSÃO ACERCA DO RESULTADO DETERMINISTA DAS PESQUISAS DA NEUROCIÊNCIA SOBRE A LIBERDADE HUMANA FRENTE À CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Doutor José Rossini Campos do Couto Corrêa

Resumo
Benjamin Libet, utilizando o aparelho de encefalograma, na década de oitenta, foi primeiro cientista a iniciar um trabalho de investigação científica sobre o processo de tomada de decisão e de execução de movimentos motores voluntários, chegando à conclusão em suas pesquisas que, milissegundos (0,8) antes que o indivíduo inicie o movimento motor já há atividade inconsciente no cérebro o que, segundo ele, mostra que a consciência pouco ou nenhum papel desempenha nesse processo e que a liberdade humana não existe e que suas ações são previamente determinadas por processos neuronais do cérebro. Tal experimento foi repetido várias vezes, posteriormente, com o uso de técnicas mais avançadas como a Ressonância Magnética Funcional, aumentando esse tempo entre a atividade elétrica do cérebro e o movimento motor. Dessa forma, tais conclusões atingem diretamente o Direito em geral, e em especial a teoria do delito no Direito Penal, posto que a culpabilidade seja estruturada na ideia de liberdade da vontade, condizente com a dignidade da pessoa humana, em um Estado de Direito. Muitos são os doutrinadores que vêm buscando um novo fundamento material para culpabilidade que prescinda da indemonstrável ideia de livre-arbítrio do homem e avançando rumo à filosofia da linguagem, como forma de interpretar as ações exteriores do mundo, onde os processos que formam parte do modo de atuação e vivência de cada homem não podem ser objeto de observação empírica, pois não se pode reduzir o conhecimento do mundo a uma perspectiva geral.
Palavras-chave: livre-arbítrio, determinismo, neurociência, Direito Penal, culpabilidade

SUMÁRIO

Introdução.....5
Capítulo I - Evolução histórica do Direito Penal.....7
1. Evolução da dogmática jurídico-penal**.....7**
2. Evolução das escolas penais.**.....9**
3. Evolução das teorias da pena**.....16**
4. Evolução das teorias do delito**.....19**
5. Evolução das teorias da culpabilidade penal...**.....21**
Capítulo II - As pesquisas da neurociência e o determinismo.....28
1. Algumas pesquisas da neurociência**.....28**
2. Alguns posicionamentos acerca do determinismo da neurociência**.....35**
Capítulo III – Livre-arbítrio e neurociência frente à culpabilidade no Direito Penal.....38
Considerações finais.....54
Referências.....59

Introdução

O presente trabalho utiliza o método dedutivo para buscar explicações teóricas em diferentes áreas do conhecimento, a fim de viabilizar a compreensão da evolução da dogmática jurídico-penal, em especial no que se refere do desenvolvimento das teorias da culpabilidade na configuração atual da teoria do delito. A metodologia qualitativa empregada, segundo a técnica da triangulação, recorre a fontes bibliográficas e teorias de autores que têm se debruçado sobre o possível determinismo do homem nas pesquisas da neurociência no tocante à culpabilidade penal, com o objetivo de identificar em que medida o resultado das citadas pesquisas que apontariam para a inexistência do livre arbítrio do homem podem ser incorporadas pela dogmática jurídico-penal, fundada na ideia de liberdade do homem, em países de origem romano-germânica, caso do Brasil.

Há controvérsia doutrinária, mas pela compreensão dos artigos 20 e 21, bem como no item 19 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral seria possível afirmar que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, que possui os mesmos elementos da teoria normativa pura da culpabilidade, cuja distinção reside no tratamento dado às discriminantes putativas, onde o agente por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a sua ação legítima. De acordo com a teoria normativa pura, as descriminantes putativas sempre caracterizariam erro de proibição; para a teoria limitada, as descriminantes putativas são divididas em dois blocos: a) de fato – tratadas como erro de tipo; b) de direito – tratadas como erro de proibição (NOGUEIRA, http://profandrenogueira.blogspot.com.br/2011/02/teorias-da-culpabilidade.html, acesso em 19/05/2016).

. Embora o Brasil tenha seu ordenamento jurídico de origem romano-germânica e a teoria do delito possua suas categorias e elementos dogmaticamente estruturadas, que não permite uma imediata interação ou penetração do discurso neurociência sobre o determinismo do homem, a história revela que é importante acompanhar o resultado de tais pesquisas, com o objetivo de verificar possíveis (in) compatibilidades com uma dogmática jurídico-penal baseada em direitos e garantias, cujo lastro são valores e princípios que respeitam a dignidade humana, inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Diferente do que acontece no Brasil e no continente europeu, nos países anglo-saxão a repercussão das pesquisas da neurociência têm sido maior, pois não há nesse sistema uma teoria do delito dogmaticamente estruturada, mas apenas a parte subjetiva do delito,

reduzida à intenção criminosa consciente, que reúne todo o caráter subjetivo do crime (dolo, culpa, conhecimento da ilicitude e imputabilidade), onde os conceitos confundem-se em uma única categoria. Em relação às finalidades da pena, esses países possuem duas fortes posturas: a de defesa da justa retribuição e a da proteção contra crimes futuros, tendo esta última postura prevalecido nos últimos tempos. Dessa forma, nesse sistema, encontrar na estrutura cerebral um fator objetivo e verificável de que uma pessoa estaria determinada ao crime seria adiantar-se ao máximo no limite preventivo e retirá-las previamente da sociedade antes que possa fazer mal a alguém (BRITO, 2014, p.132).

No Capítulo I trata da *evolução histórica de Direito Penal* como panorama geral que oportuniza a compreensão da culpabilidade como categoria da atual teoria do delito, segundo a concepção da teoria normativa pura, bem como da procura por novos fundamentos para a culpabilidade que dispensem a ideia de livre-arbítrio, mas mantenha a proteção e as garantias ao indivíduo. Adota-se, basicamente, a linha histórica de Bitencourt e recorre-se aos autores Arnaud e Lopes; Beccaria; Beling; Bentham; Castro e Souza; Cerqueira e Alban; Ferraz Jr; Ferri; Greco; Grissault; Kant; Lins e Silva; Lombroso Welzel; Munõz Conde; Ramos, González e Melliá.

O Capítulo II aborda *algumas pesquisas da neurociência sobre determinimo, bem como alguns posicionamentos acerca do resultado das mesmas.* Relata-se *a*lguns experimentos da neurociência sobre o processo humano de tomada de decisão que teriam conduzido à hipótese de que o livre-arbítrio não existiria, pois seria a consciência resultado de processos neurais do cérebro, bem como a reação de alguns autores acerca das hipóteses deterministas da ação humana, como Brito; Busato; Crespo; Eaglaman; Guaragni e Guimarães; Hassemer; Mello.

O Capítulo III sobre o l*ivre-arbítrio e a neurociência frente à culpabilidade penal* trata das consequências que um possível determinismo poderia acarretar à dogmática penal da culpabilidade fundada na ideia de liberdade do homem e da apresentação de argumentos de (in) compatibilidade dos discursos da neurociência com o sistema-jurídico do Direito Penal, segundo os autores Bitencourt; Brito; Busato; Caruncho e Cabral; Castro e Souza; Cerqueira e Alban; Crespo; Guaragni e Guimarães; Hassemer; Lemos Mello; Searle.

Capítulo I – Evolução Histórica do Direito Penal

1. Evolução dogmática jurídico-penal

Até o século XVIII não havia Direito Penal sistematizado, razão pela qual a doutrina predominante dividiu a história penal nas fases das vinganças divina, privada e pública, cujo sentimento predominante era o religioso e o espiritual. (BITENCOURT, 2013, p. 72).

Na Roma Antiga houve a separação entre Direito e Religião, embora a responsabilidade penal individual somente surgisse com o Iluminismo (século XVIII). O Direito Penal assumiu caráter público, social, consuetudinário, com diferenciação entre crime público, privado e extraordinário, também surgiram as primeiras noções de imputabilidade, inimputabilidade, culpabilidade, dolo, tentativa, causas de justificação, nexo causal, caso fortuito, menoridade, concurso de pessoas, penas e sua medida, que eram aplicadas no caso concreto. O Direito Penal germânico, inicialmente vingança de sangue, com o fortalecimento do Estado foi incorporando os critério do vínculo psicológico (dolo, culpa ou caso fortuito), sob a influência romana (BITENCOURT, 2013, p. 74).

A Ordem jurídica da Igreja Católica Apostólica Romana criou o Direito Penal Canônico que, inicialmente disciplinar e dirigido aos religiosos (*ratione personae*) foi atingindo os leigos (*ratione materiae*) com o fortalecimento da igreja. As duas jurisdições eclesiásticas e os delitos eram classificados pela natureza da ofensa ao Direito: divina, jurídica laica ou as duas. As concepções teológicas e morais viam o crime como pecado contra leis humanas e divinas e contribuiu com a ideia de reforma do delinquente, das prisões e individualização da pena pelo caráter do réu (BITENCOURT, 2013, p. 78).

No Renascimento (séculos XII a XVI), glosadores e pós-glosadores realizaram estudo do direito romano e canônico, surgindo os direitos nacionais, locais ou estatutários, cuja atribuição de poder passa em definitivo ao Estado, que unifica e sistematiza as normas de direito, porém estas ainda não exprimem justiça, o que se deu com a reforma do sistema punitivo trazida pela Revolução Francesa (BITENCOURT, 2013, p. 80).

No Iluminismo (século XVIII), estudiosos da Europa procuram nova política criminal fundada na razão e na humanidade, sob os ideais de liberdade, igualdade, justiça e dignidade humana, como meio de acabar com a crueldade e falta de isenção nos julgamentos criminais. Dentre eles Voltaire, Montesquieu, Rousseau e Locke e, na área criminal Beccaria, Howard e Bentham, que inseriram na legislação penal vigente a proporcionalidade e pessoalidade à pena, eficaz ao espírito e não cruel ao corpo do delinquente (BITENCOURT, 2013, p.80-82).

Beccaria (1764), Itália, iniciou o processo de modernização do Direito Penal, sob influência iluminista, contratualista e utilitarista, para justificar proteção à burguesia. Elaborou

teoria da pena substituindo o abusivo sistema criminal vigente. O contrato social, consenso entre os homens, fazia da conduta ilegal algo patológico, irracional de pessoas incapacitadas para aderir ao contrato social. (BITENCOURT, 2013, p.80-82).

Segundo Beccaria: "Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, devem escolher o métodos que causem no espírito público a impressão mais eficaz e durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado" (BECCARIA, 2015, p. 54).

John Howard (1773), Londres, conhecido como "apóstolo da humanização das prisões", preocupou-se com a construção de estabelecimentos mais humanos e ressocializantes, que atendesse a necessidades básicas, apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, propôs uma classificação dos presos, com o fim de separá-los, bem como uma prisão fiscalizada pelos magistrados (BITENCOURT, 2013, p. 84).

Jeremias Bentham realizou estudos sobre a aplicação da pena segundo o princípio ético do utilitarismo que pregava felicidade maior ou para a maioria. Para ele, a utilidade de um ato produz benefício e previne a dor, pois a natureza colocou os humanos sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer e ao trono desses dois senhores estão vinculados à norma e a cadeia das causas e dos efeitos. O princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade, através da razão e da lei (BENTHAM, Jeremy, 1989, p. 9).

Bentham teria antevisto o processo de assimilação pelos presos da linguagem e costumes dos homens mais degradados (subcultura carcerária), bem como teria atribuído importância à forma física das penitenciárias, idealizando o *panótico* (ver com um olhar tudo o que nele se faz), para maior segurança e controle. A pena, para ele, simboliza a resposta do Estado ao delito, com a básica função preventivo-geral (desestímulo à reincidência do infrator) e preventivo-especial (retribuição proporcional) (BITENCORT, 2013, p. 86).

2. Evolução das escolas penais

A Escola Clássica, iluminista, heterogênea, com ideias de humanização das ciências penais fez surgir duas teorias com diferentes argumentos: i) jusnaturalista: o direito decorre da razão superior, natural, imutável e eterna; ii) contratualista: o direito é visto como livre acordo de vontades, porém ambas defendiam as normas jurídicas como anteriores e superiores ao Estado, bem como o reestabelecimento da dignidade humana e do direito individual do cidadão (BITENCOURT, 2013, p. 99).

Na Itália, dois grandes períodos se sobressaem: i) o teórico-filosófico (iluminista,

contratualista, utilitarista, onde o Direito Penal é visto como necessidade do grupo social; ii) o ético-jurídico (jusnaturalista): direito natural é fonte de direitos e deveres e o Estado é o garantidor da pena como retribuição, segundo princípios éticos (BITENCOURT, 2013, p. 98).

A doutrina penal alemã divide-se nos sentidos:

1º) Kant (1781), para quem a pena, como imperativo categórico é retribuição ética, contrária ao utilitarismo, onde os imperativos são mandamentos que guiam nossas ações, alguns são hipotéticos (particulares) e outros categóricos (puramente morais, incondicionais, universais), não importam quais sejam as circunstâncias (GRISSAULT, 2012, p. 164-165);

2º) Hegel (1807), com sua dialética, onde o crime era negação do Direito, a pena negação do crime e reafirmação do Direito, elabora um pensamento da totalidade que visa superar os dualismos kantianos, apreendendo a realidade em sua unidade e racionalidade imanente. (GRISSAULT, 2012, 180);

3º) Binding e a corrente histórica do direito, para quem a dogmática é investigação científica, que exclui juízos de valor e limita-se ao direito positivo (BITENCOURT, 2013, p.101).

A Escola Clássica criou a dogmática da teoria geral do delito, sistematizada em categorias, com base na ação causal, naturalística, com ênfase na culpabilidade. A pena tinha caráter repressivo, pessoal e aflitivo para o delinquente que agiu com capacidade de querer e entender. O Direito Penal da culpabilidade limitava a imputabilidade, pena (retributiva) e os poderes do juiz, que só agia de acordo com a lei (BITENCOURT, 2013, p.101).

A Escola Clássica foi muito importante na construção do Direito Penal moderno, de sistema romano-germânico, tendo Beccaria e Francesco Carrara, com ideias iluministas e de livre-arbítrio, muito contribuído. O primeiro na fundamentação da pena e o segundo na sistematização da dogmática penal, dando-lhe tratamento de ciência, embora o método abstrato usado (dever ser: ideias) tenha sido depois, muito criticado por não compreender bem a realidade do delito e da criminalidade (CASTRO e SOUZA, 2014, p.275).

A Escola Positivista (século XIX) sistematizou o direito positivo e pretendeu que as ciências experimentais fossem o mais importante modelo de produção do conhecimento, substituindo raciocínios metafísicos ou teleológicos da Escola Clássica pelo método científico indutivo-experimental, causal e explicativo, rejeitando valorações jurídicas do delito, Favoreceu a criação da criminologia, da sociologia e da antropologia jurídicas, dedicada ao estudo do crime, do criminoso e do delito, com influência de Comte e Stuart Mill (BITENCOURT, 2013, p. 103).

Katy Grissault diz que Comte considera que o espírito positivo renuncia à busca de causas absolutas (o porquê) para dedicar-se à busca de leis (o como), descrevendo como os fenômenos se encadeiam uns aos outros. O verdadeiro objeto da ciência são os fatos e suas relações, não suas causas últimas (GRISSAULT, 2012, p. 191) e que Mill defende a utilidade como o critério dos valores morais: é boa a ação que contribui para a felicidade do maior número de pessoas, é um utilitarismo altruísta, cujo devotamento do indivíduo à felicidade do outro é a mais alta virtude (GRISSAULT, 2012, p. 203).

A posição da Escola Positivista é de defesa da sociedade, onde a pena preventivo-especial (utilitarista e intimidatória) é vista como uma reação natural do corpo social contra a atividade anormal do delinquente e prescinde de fundamentos morais, bem como de conceitos como responsabilidade, livre arbítrio de decisão pela prática do fato punível, pois delinquência e delito são patologias sociais e a fundamentação da pena decorre da própria personalidade, inadaptação ao organismo social e periculosidade do delinquente. Secundariamente, defendia a ressocialização do delinquente. Contribuiu para aperfeiçoar os sistemas de individualização da pena, os institutos da medida de segurança, da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, o tratamento tutelar ou assistencial do menor, bem como o conceito de periculosidade (BITENCOURT, 2013, p. 103).

As três fases da Escola Positiva dependem da concepção filosófica adotada: 1ª) antropológica (Lombroso); 2ª) sociológica (Enrico Ferri); 3ª) jurídica (Rafael Garofalo), porém outras correntes derivaram da escola clássica e da escola positiva, com posições moderadas, dentre elas: a escola crítica, a escola moderna alemã, a escola correcionalista e o movimento da defesa social (BITENCOURT, 2013, p. 104).

Para José Roberto Wanderley de Castro e Fernando Antônio C. Alves, a Escola Positiva italiana, iniciada por Lombroso e de influência evolucionista, provocou a mudança para o método empírico de estudo do Direito Penal (ser: realidade), bem como sua perspectiva, que passou a ser o criminoso, tendo a responsabilidade social como nova base para a responsabilidade criminal, inaugurando a ideia de perigosidade social trazida pelo determinismo físico. Dessa forma, a culpabilidade para a Escola Positiva italiana se resumia em encontrar a perigosidade do agente (atavismo/determinismo físico), o que já justificaria a aplicação da pena ou da medida de segurança (CASTRO e SOUZA, 2014, p.275).

Cesare Lombroso admitia os tipos de criminosos natos, por paixão, louco, de ocasião, epilético, cujas características físicas e mentais variam segundo a espécie: ladrões, assassinos, tarados sexuais, etc.: "... têm os lábios grossos, cabelos abundantes e negros, olhos

brilhantes, voz rouca, alento vivaz. Frequentemente semi-impotentes e semialienados, de genitália atrofiada, crânio anômalo...". (LOMBROSO, 2007, p. 141).

Rafael Garófalo (1851-1934) sistematizou o pensamento jurídico da Escola Positiva, sob influência de Herbert Spencer e do darwinismo social, cujos princípios norteadores eram a periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquente; a função preventivo-especial da pena, inclusive a de morte como aplicação da seleção natural ao processo social, por incapacidade absoluta de adaptação do delinquente; a defesa social como fundamento do direito de punir, sem objetivo reabilitador; o crime natural como base sociológica e não jurídica, para auxiliar a criminologia (BITENCOURT, 2013, p. 105).

Enrico Ferri (1856-1929), na fase sociológica utilizou o método indutivo-experimental, considerando o delito como fenômeno natural e social, fortaleceu a sociologia criminal. Sustentou a inexistência do livre arbítrio e defendeu a função preventivo-especial da pena (intimidatória), como defesa social, posto ser o indivíduo integrante de um grupo social. A responsabilidade é social (determinista) e não moral e o direito penal são reivindicações sociais (BITENCOURT, 2013, p. 106).

A Escola Positiva, segundo Enrico Ferri, ao substituir o critério de "responsabilidade moral" pelo de "responsabilidade social" ofereceu ao problema da responsabilidade humana solução que poderá não ser aceita, mas é lógica e consistente, pois a solução positivista foi obtida da observação da realidade humana, por meio de estudos sobre o homem criminoso, enquanto a solução clássica foi deduzida apenas da lógica abstrata, que ignora por completo como, de fato, foi moldado o homem criminoso. (FERRI, 2006, p.59).

Castro e Souza lembram que no cenário brasileiro, o médico baiano Raimundo Nina Rodrigues se destacou como representante da Escola Positiva e é considerado o fundador da criminologia brasileira. Sua obra *As raças e a responsabilidade penal no Brasil*, versa sobre as raças: sua evolução, influência para a criminalidade e relação com a imputação penal (inspirado em Lombroso e no darwinismo), combatia a miscigenação com a tese da degeneração. Para ele, os mulatos como raça miscigenada seriam semi-imputáveis, pois a liberdade de escolha plena depende da evolução da raça, produto de uma organização psíquica, que se forma lentamente, influenciada pelos esforços acumulados e pela cultura de muitas gerações, assim, bárbaros, selvagens, miscigenados e os menores não tem ainda a mesma consciência da realidade que os de raça pura (branca, negra e vermelha) (CASTRO e SOUZA, 2014, p.277).

No Brasil, em 1937, o Professor Aníbal Bruno, segundo Castro e Souza, procedeu ao estudo da perigosidade como reflexo do debate determinista no Direito Penal e defendeu o

crime como fenômeno complexo, oriundo de fatores sociais e não só biopsicológicos e que não existe um criminoso nato, bem como existem condições inatas para o desajuste mental. Defendeu ser impossível que a perigosidade justifique a sanção penal sem a prática de um delito (CASTRO e SOUZA, 2014, p.282).

Ao lado do positivismo científico surgiu o positivismo jurídico, que pretendia o delito como puramente jurídico, importando do direito positivo o material empírico capaz de observação científica, por meio do método descritivo e classificatório das ciências naturais, de abstração dos conceitos específicos aos mais gerais (BITENCOURT, 2013, p. 103).

A Escola Crítica (1891), Itália, surge como uma corrente eclética, de conciliação entre a Escola Clássica e da Escola Positiva. Defende a responsabilidade moral fundada no determinismo psicológico do homem, onde o motivo mais forte o determinava e não no livre arbítrio, sendo imputável quem tiver capacidade de se determinar pelos motivos e inimputável quem não possuir tal capacidade, quando então seria aplicada medida de segurança e não pena. O crime é condicionado por fatores biopsíquicos e a pena intimidatória, diferente da medida de segurança, serve como meio de defesa social para guiar os atos do indivíduo na sociedade (BITENCOURT, 2013, p. 107).

A eclética escola moderna alemã (escola de política criminal ou escola sociológica alemã) tem Liszt como maior representante. Defende a ideia de que a estatística criminal é que deve orientar os fins do Direito. Utilizando o método lógico-abstrato no Direito Penal, suas principais contribuições foram: diferenciar o direito penal das demais ciências criminais; diferenciar o imputável (pena) do inimputável (medida de segurança), fundado na normalidade de determinação do individuo e não do livre arbítrio; crime (fato jurídico) como realidade humana e social; defender a função preventivo-especial da pena, segundo a natureza do delinquente; defender uma política criminal liberal com alternativa às penas privativas de liberdade de curta duração. (BITENCOURT, 2013, p. 108).

A escola técnico-jurídica (1905), Itália, é inaugurada por Arturo Rocco e rejeita o uso da filosofia na área penal, se preocupa em reestabelecer a autonomia do método técnico-jurídico ou lógico abstrato, abandonado pelos positivistas. O crime é fato jurídico individual e social e o Direito Penal, como ciência jurídica normativa, sistematiza seus princípios acerca da responsabilidade. Ao imputável prevê pena preventivo-geral e especial e ao inimputável preventivo de medidas de segurança (BITENCOURT, 2013, p. 110).

A escola correcionalista (1893), Alemanha, surge com Karl Roder, cuja doutrina cristã e idealista é influenciada pelo filósofo Krause, para quem a força originária do direito e

da justiça está em Deus, que transcende a humanidade e é universal e não no contrato social e na vontade arbitrária dos indivíduos. O Estado, pela pena, deve restringir a liberdade do delinquente (imputável ou não), para corrigir e ajustar sua vontade defeituosa às normas do Direito e evitar o delito, que é ameaça social. A pena é vista como tutela social e um bem (cura e emenda) para o delinquente (ser anormal) (BITENCOURT, 2013, p. 111).

Para Evandro Lins e Silva, o movimento da defesa social (1945), surge na Itália com Fillippo Gramatica, contradizendo o Direito Penal vigente e propondo substituição ou eliminação do Direito Penal por um direito de reação e de defesa social frente ao delinquente, a fim de adaptá-lo à ordem social e proteger o cidadão. Não tem unidade de pensamento nem escola filosófica definida, tem concepção crítica do fenômeno criminal, entendendo-o como resultante de diátese social, a ser curada racionalmente, por meio de uma política que respeite a dignidade da pessoa e resguarde os direitos do homem. (SILVA, Evandro Lins. De Beccaria a Felippo Gramatica, p. 13. Em http://www.olibat.com.br. Acesso em: 10/04/2016).

No final do século XIX, entra em declínio a escola positivista e surgem orientações filosóficas relativas, neokantistas e historicistas, que incluíram novamente a valoração e as perspectivas materiais. Os historicistas estudam a realidade histórico-social, diferenciando as ciências entre naturais e espirituais e não admitem que fatos espirituais derivem da ordem mecânica da natureza (BITENCOURT, 2013, p. 115).

Os neokantistas (relativistas e axiológicos) diferenciavam as ciências pelo método utilizado e substituíram o método indutivo e formalista do positivismo pela compreensão do conteúdo dos fatos e categorias jurídicas valorando o injusto, além da forma e da causa. Distinguiram saberes puro (*a priori*) dos empíricos (*a posteriori*). Para eles o Direito é ciência do *dever ser* e não ao *ser*. Originou duas correntes: a) Escola de Marburgo, que relaciona Direito e Ética para promover uma ciência dos fins humanos que concilie o direito positivo (Direito) e o direito ideal (Justiça); e b) Escola de Baden alemã, que reinterpretou relativamente o Direito, a partir dos fins de uma dada realidade histórica, cultural e social. (BITENCOURT, 2013, p. 116).

Na década de 30, Welzel, com a corrente finalista ontológica defende que o Direito Penal possui duas funções: 1ª) principal: ético-social, de proteção de bens jurídicos e da ordem social; e 2ª) acessória: preventiva, de responsabilidade penal pela conduta típica e culpável. Welzel formulou conceito pré-jurídico de estrutura lógico-objetiva da ação humana, conduzida pela finalidade do homem, não por uma causalidade. Para ele, o objeto fundamental da dogmática jurídico-penal são as estruturas lógico-objetivas, sobre as quais se erguem as

categorias do delito, que pertencem ao mundo real (ontológico) e integram o direito natural e a natureza imutável das coisas, atrelando o legislador e limitando o Direito, independentemente do subjetivismo individual. Para Bitencourt, a investigação fenomenológica que identifica as estruturas lógico-normativas e que vinculam a construção dogmática oferece referencial estável para a interpretação e aplicação das normas penais, garantindo segurança jurídica, contudo essa visão ontológica e imutável das estruturas lógico-jurídicas não é factível na sua essência, pois precisa da linguagem, meio que nos aproxima e define nossa representação do mundo, vez que nossos conceitos não traduzem com fidelidade a realidade e são construídos e convencionados pelo homem (BITENCOURT, 2013, p. 118).

Para Welzel, a ação é acontecimento final e não puramente causal, que oportuniza ao homem, graças a seu saber causal prévio, poder dirigir seus diversos atos orientar o suceder causal externo a um fim e o domine finalísticamente. A atividade final é dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é resultante da constelação de causas existentes em cada momento, ou seja, a finalidade é, por isso "vidente", e a causalidade, "cega" (WELZEL, 2015, p. 31-32).

A ação humana para Welzel pode ser vista como causal-naturalística ou espiritual, conforme se queira examinar. A finalidade do autor é que decide se houve tentativa de homicídio ou disparo acidental, pois o injusto da tentativa fundamenta-se na finalidade do autor, que é complementada por critérios de imputação objetiva, para responder à questão sobre legítima defesa putativa, por exemplo, em que apenas a finalidade do autor não responde problema (BITENCOURT, 2013, p.120).

Dentre as correntes normativo-funcionalistas (segunda metade do século XX), duas se destacam: a teleológica-funcional (Roxin) e a funcionalita radical (Jakobs), cuja defesa é de uma eficaz aplicação simbólica da pena, mais que a proteção a bens jurídicos fundamentais e à solução justa do conflito. Para eles, para além de determinar a pena, a culpabilidade precisa da função preventiva. Segundo Bitencourt, essa ideia essencialmente normativista e voltada a finalidades políticos-criminais fragiliza explicações éticas e morais (deontológicas) legitimadoras da norma penal, cuja base é a culpabilidade (BITENCOURT, 2013, p. 122).

Roxin (1970) propôs moderado conceito normativista e dualista (teleológico e funcional), com influxos valorativos externos ao próprio sistema do Direito Penal, que o limitassem, tais como os princípios garantistas e as finalidades político-criminais, visando corrigir, no caso concreto, as soluções insatisfatórias, inclusive pela renúncia às soluções do próprio sistema, caso incompatíveis. Rejeita a ideia do direito positivo ou derivado da natureza

das coisas reconduzindo-se para os fins da lei. A intervenção penal é limitada ao indispensável. De inspiração kantiana, acrescida dos princípios garantistas e limitadores do direito de punir do Estado e da finalidade preventivo-geral da pena, opõem-se à imutável ontologia finalista e amplia conceitos, em função das transformações sociais e culturais dos valores e dos fins. Segundo Bitencourt, esse conceito torna as categorias do delito um aberto sistema valorativo em contínuo movimento, tornando-as menos estáveis e sujeitas a excesso estatal ao vincular Direito Penal às alterações das políticas criminais do legislador. Roxin teria rebatido tais críticas dizendo que Constituição é que vai proteger os direitos humanos e as liberdades invioláveis. (BITENCOURT, 2013, p. 123).

Jakobs, (1983), inspirado na teoria dos sistemas sociais de Luhmann concebeu um sistema monista (normativo-funcionalista) fechado, autopoiético e autorreferente. A dogmática jurídico-penal se encontra no próprio sistema normativo-funcional do direito positivo, não se sujeitando a limites externos, pois tais limites se encontram no seu interior (BITENCOURT, 2013, p. 125).

André-Jean Arnaud, e Dalmir Lopes Jr., dizem que para Luhmann, o Direito é um sistema operacionalmente fechado que não depende do exterior, pois delimita seu próprio código, constrói a sua realidade e suas próprias operações, cuja qualidade normativa interna é produzida pelo próprio sistema para estabilizar suas estruturas: as expectativas normativas. (ARNAUD e LOPES, 2004, p.20-21).

Para Bitencourt, Jakobs radicalizou a função preventivo-geral positiva da pena, com a finalidade de reintegrar o delinquente ao ordenamento jurídico, desprezando realidades empíricas não normativas e valorações externas ao sistema jurídico positivo, retirando o Direito Penal sua legitimidade da conservação da própria sociedade e do Estado, com a tarefa de proteger a validade fática e efetiva das normas, verdadeiro bem jurídico. Assim a violação da norma já justifica a imposição positiva da pena, para estabilizá-la e manter a orientação do grupo social (BITENCOURT, 2013, p. 125).

Para Jakobs a escolha da conduta de matar adquire sentido para o Direito Penal, não porque lesa o bem vida, mas por representar uma infração com dolo ou culpa à norma, cuja consequência é o homicídio. Bitencourt crê que esse normativismo radical dificulta limitar o poder punitivo estatal, viola as garantias dos indivíduos, não atende às reais necessidades da sociedade, leva a que os fins justifiquem os meios, legitimando qualquer sistema político, além de provocar o esfacelamento das categorias do delito. (BITENCOURT, 2013, p. 126).

3. Evolução das teorias da pena

A teoria da pena vincula-se à concepção de Estado e este à de culpabilidade, definida como castigo aplicado a quem pratica um delito, cuja função não é, necessariamente, de retribuir o mal causado. Pode se dividir em: i) absolutas (retributiva); ii) preventivo-geral (positiva e negativa); iii) preventivo-especial (positiva e negativa); iii) unificadora ou eclética. O Direito Penal do fato legitima a finalidade preventivo-geral positiva e preventivo-especial da pena, limitada segundo princípios de intervenção mínima, proporcionalidade, culpabilidade e de ressocialização do delinquente. Essa culpabilidade é social, resultado de consenso do grupo sobre o que é liberdade e culpável (BITENCORT, 2013, p.130).

A pena absoluta (ética) é entendida como castigo em retribuição ao mal causado pelo delito cometido, possuía caráter retributivo e divino de expiação nos Estados absolutistas, pois o soberano e Deus possuíam a mesma identidade. Com a ascensão do Estado Liberal e da ideia de contrato social passou a ter caráter de retribuição racional à perturbação da ordem jurídica estabelecida pelos homens e pela lei (positivismo legal). Sua finalidade, nesse Estado mínimo e contratualista, passou a ser de reestabelecer a ordem jurídica interrompida por culpa do homem dotado de livre arbítrio, que se decidiu pelo injusto, para fazer justiça e proteger a liberdade individual, limitada pelas garantias do indivíduo perante o Estado. Kant, Hegel, Carrara, Binding, Welzel, etc. são defensores dessa teoria (BITENCOURT, 2013, p. 133).

Para Kant a pena jurídica (*poena forensis*) não pode ser aplicada como simples meio de se obter outro bem em benefício do culpado ou da sociedade; deve ser sempre e contra o culpado *pela única razão de que delinquiu*, pois jamais pode um homem ser tomado por instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real (KANT, 2013, p. 175-176).

Hegel, dialeticamente, entende a pena vinculada ao Estado e mutável, necessária para retribuir com o mal ao infrator o rompimento da ordem jurídica, que representa a vontade geral e racional estabelecida (tese), que foi negado pela vontade particular e irracional do delinquente (antítese), sendo a pena a forma de reestabelecer o Direito (síntese). O limite da retribuição da pena é a culpabilidade e a dignidade humana (BITENCOURT, 2013, p. 138).

No século XVII, as teorias relativas e neorretribucionistas, influenciadas pelos princípios racionais do direito natural iluminista jusnaturalista e contratualista dos liberais (livre-arbítrio e medo), entendem a pena utilitarista e preventivo-geral e um mal necessário para prevenir delitos futuros e não realizar a justiça. Feuerbach as divide em preventivo-geral positiva e negativa e preventivo-especial positiva e negativa. Na pena preventivo-geral positiva

a prevenção de delitos futuros recai sobre os membros da coletividade social e na preventivo-geral negativa busca-se pela razão motivar (intimidação e castigo eficaz) os futuros delinquentes, em particular, a não mais cometer crimes. Destacam-se Beccaria, Bentham e Feuerbach, com sua teoria da coação psicológica, cujo combate à criminalidade se dá pela ameaça, cominação e aplicação da sanção penal, (BITENCOURT, 2013, p. 147).

Na função preventivo-geral positiva da pena, de inspiração hegeliana, a consciência jurídica comum deve ser reforçada quando da prática de um delito. Subdivide-se em fundamentadora e limitadora e objetiva motivar os indivíduos a aderir à ordem social, estabilizando os valores das normas jurídico-penais Suas finalidades são de confiança e de pacificação social. O juízo de culpabilidade é a reprovação ética do comportamento que perturba a ordem jurídica e a pena é para restabelecê-la. Bitencourt entende que Welzel, com sua função ético-social do Direito Penal, contribuiu para a proteção de bens jurídicos e garantia de vigência real dos valores jurídicos, impondo a pena como reforço à fidelidade ao ordenamento jurídico-penal (BITENCOURT, 2013, p.142).

A pena preventivo-geral positiva fundamentadora ou neorretribucionista tem em Jakobs seu principal defensor, para quem o Direito Penal tem função norteadora da conduta dos indivíduos nas suas relações sociais e com as normas. Sua função, intrassistema, reproduz sem questionar a aplicação do direito penal e da pena apenas com função de estabilizar e ratificar a confiança nas normas jurídico-penais, mesmo que sejam males desproporcionais, além de não limitar concretamente o poder punitivo estatal; extrassistema, legitima a atual tendência de expansão e intensificação da resposta penal a problemas sociais, focando no próprio sistema e não na pessoa, deixando as causas sem solução, impondo coativamente ao indivíduo padrão ético determinado (BITENCOURT, 2013, p.149).

A teoria preventivo-geral positiva limitadora é um conjunto de propostas e tem como representante Hassemer, para quem o Direito Penal, meio de controle social formalizado, limita e afirma o poder punitivo do Estado segundo princípios e garantias reconhecidos democraticamente pela sociedade, protegendo direitos individuais e oferecendo regularidade ao sistema normativo. A pena somente é imposta, nos limites do Direito Penal do fato e da culpabilidade, se atendidas garantias e princípios jurídico-constitucionais (BITENCOURT, 2013, p. 160).

As teorias da pena preventivo-especial positiva e negativa, assim subdivididas por Ferrajoli, na década de 70, não tem como fundamento um fato passado, mas sim evitar um fato delitivo futuro e dirige-se ao delinquente em particular, para que não volte a delinquir. Seus

adeptos a chamam de medida. Concretiza a defesa social, pois o delito além de violar a ordem jurídica, é um dano social e o delinquente, um perigo social. A pena preventivo-especial positiva, em um Estado intervencionista, volta-se à reeducar o delinquente, porém a preventivo-especial negativa volta-se eliminar ou neutralizar o delinquente perigoso, sob o argumento científico do momento. Defendida pelo movimento da defesa social, pelos correcionalista a pena tem função de intimidação, correção e inocuização. A palavra medida de segurança é empregada porque o delinquente é visto como um indivíduo perigoso e anormal, merecedor de tratamento de acordo com sua periculosidade, pois a aplicação de castigo não vai lhe surtir efeitos, então a pretensão é corrigir, ressocializar ou inocuizar. Como política criminal, a pena pode desempenhar, simultaneamente, as duas funções: preventivo-especial (ressocialização) e preventivo geral (intimidação). Fundamentada apenas em critério preventivo-especial, para Bitencourt, viola relevantes princípios e garantias individuais, sobretudo a proporcionalidade entre o delito e a pena, conduzindo a um direito penal do autor (BITENCOURT, 2013, p. 152).

No século XX, a corrente mista ou unificadora tem Merkel como maior representante, tenta agrupar a pena pelos seus fins, numa concepção monista, extraindo das teorias absolutas e relativas o que há de mais relevante. O argumento é da necessidade de uma pluralidade de funcionalidade para a pena, diferenciando-se fundamento e fim, de acordo com duas correntes: 1ª) conservadora: o fundamento da pena é a retribuição justa e o fim é preventivo da defesa social e; 2ª) progressista: o fundamento da pena é preventivo de defesa social e fim é a retribuição justa. No conflito entre finalidades deve prevalecer a preventivo-especial (ressocialização), mas que esta não impeça o cumprimento da finalidade preventivo-geral (motivação) dos indivíduos. Bitencourt entende que reunir três concepções distintas altera a lógica e os efeitos de cada uma delas (BITENCOURT, 2013, p. 155).

A teoria uniformizadora dialética (Roxin) diferencia fim da pena preventivo-geral e especial do fim do direito penal, este último como proteção subsidiária de bens jurídicos e preservação da ordem social. O fim da pena como preventivo-especial positiva estaria na resssocialização espontânea do condenado e da preventivo-geral positiva e negativa no reforço da confiança da sociedade na ordem jurídica por meio do cumprimento das normas e pacificação social (BITENCOURT, 2013, p. 157).

4. Evolução das teorias do delito

Sistematizar valores e princípios das categorias do delito é tarefa em construção e conhecê-las propicia melhor interpretação das normas penais cujo objetivo principal é

identificar e delimitar os elementos e os critérios gerais mais adequados à imputação a uma ação punível. A doutrina majoritária entende como categorias sistemáticas do delito: tipicidade e antijuridicidade (injusto penal) e a culpabilidade, bem como outros requisitos específicos de punibilidade (BITENCOURT, 2013, p. 262).

Na teoria do delito positivista os princípios e valores atribuídos às categorias estão ligados ao acentuado cientificismo do século XIX que, por meio do método analítico, aperfeiçoou os elementos que compõem o delito, excluindo qualquer valoração que não fosse do direito positivo do fato, por segurança jurídica, restando bastante formalizado o comportamento humano delituoso (BITENCOURT, 2013, p.262).

Liszt e Beling desenvolveram a estrutura positivista inicial e clássica do delito, onde uma conduta (ação naturalística) mediante nexo de causalidade produz uma modificação no mundo exterior (resultado). Os elementos objetivos (tipicidade e antijuridicidade) foram separados do subjetivo (culpabilidade). O tipo e a tipicidade são elementos objetivos e externos descritos na lei; a antijuridicidade é juízo de valor formal e a culpabilidade é o elemento subjetivo (dolo e culpa) entre autor e o fato (BITENCOURT, 2013, p. 262-263).

Beling entende o Direito Penal como um catálogo de tipos delitivos, onde a ação punível é apenas a tipicamente antijurídica e culpável (BELING, 2007, p. 28) é descritiva, neutra, naturalística e causal, definida como comportamento corporal (fase externa, objetiva) produzida pelo domínio do corpo com voluntariedade e liberdade de inervação muscular (fase interna, subjetiva) (BELING, 2007, p. 11).

Os neokantianos (neoclássicos) uniram cientificismo ao método adequado à ciência do *dever ser* e, mantendo o conceito positivista de crime como ação típica, antijurídica e culpável, realizaram nova interpretação da teoria jurídico-penal, agregando valorações normativas e axiológicas, direcionadas aos fins e às perspectivas do Direito Penal. Diante desse novo posicionamento, todos os elementos do delito sofreram alterações: i) ação: não era puramente naturalística; ii) tipicidade: continha elementos subjetivos normativos e valorativos; iii) antijuridicidade: continha valores e fins com conteúdo material de dano social, restringindo condutas antijurídicas; iv) culpabilidade: continha reprovação pela vontade contrária ao dever. Tais alterações trouxeram possibilidade de graduar o injusto segundo o dano produzido que, uma vez ausente, exclui a antijuridicidade. Para Bitencourt, essa teoria demonstrou que o Direito não pode ser objetivo, pois pertence a uma realidade que já possui valores a influenciar o próprio intérprete (BITENCOURT, 2013, p. 264).

O finalismo ontológico de Welzel propõe a formulação de conteúdos prévios a

qualquer valoração jurídica, inclusive para a ação humana, pois é o próprio homem que está na ordem real das estruturas lógico-objetivas, onde a valoração de um fato vem de sua forma objetiva de ser e não da atribuição subjetiva que o homem lhe dá. As estruturas lógico-objetivas imutáveis do ser serão conhecidas pelo método dedutivo-abstrato. A ação humana como estrutura lógico-objetiva é guiada pela finalidade humana (acontecer final) que, dentro de certo limite, pode ser prevista pelo homem, assim como as possíveis consequências e então ele pode conduzi-la conscientemente a um fim determinado (acontecer causal exterior), que é concretamente influenciada por diversos efeitos e não dirigidas em função do fim. Para Bitencourt essa teoria não explica bem os delitos culposos e omissivos, mas: i) integrou no injusto penal o desvalor da ação; ii) estabilizou as categorias sistemáticas do delitos; iii) deixou na culpabilidade apenas a reprovabilidade normativa, retirando os elementos subjetivos: dolo e culpa iv) integrou no tipo o dolo e a culpa. Atualmente, a finalidade e o desvalor da ação são apenas um dos fatores que determinam o injusto penal, pois a criação de um risco permitido não depende dos fins do autor (BITENCOURT, 2013, p. 266).

Nas teorias funcionalistas a normatização dos conceitos é baseada em juízo de valor e em finalidades político-criminais. São duas correntes: a) uma moderada (Roxin), de metodologia aberta, que fundamenta o sistema penal em bases teleológica (fins) e axiológica (valores), onde o fim do Direito Penal se concretiza nos valores e princípios de uma política-criminal mais garantista, complementada por finalidade humana de critérios de imputação objetiva; b) outra mais radical (Jakobs), que fundamenta o sistema penal nele mesmo e propõe sua completa renormatização, tanto nas categorias quanto no grau da metodologia funcionalista, preocupa-se com os fins da pena, levando em conta exclusivamente necessidades do próprio sistema, a quem o Direito Penal deve se adequar. Ambas vinculam o Direito Penal às políticas-criminais (BITENCOURT, 2013, p. 269).

5. Evolução das teorias da culpabilidade penal

A evolução da sociedade e as diversas revoluções fez surgir a responsabilidade pessoal, subjetiva (dolo ou culpa), não apenas no objetivo nexo de causalidade (conduta e resultado). A pena, proporcional à conduta e ao dano, somente aplicável se pudesse ter o agente evitado a prática do ato criminoso (GRECO, 206, 409).

A culpabilidade é o juízo individualizado de reprovação sobre uma conduta típica e ilícita praticada, numa atribuição de responsabilidade penal e de prevenção de crimes, estabilizando e validando a obrigatoriedade do cumprimento das normas. Oscila dialeticamente

como prevenção e garantia, tendência recente do conteúdo material da culpabilidade (GREGO, 2006, p. 407).

A imputação de uma conduta criminosa a alguém necessita de alguns juízos de valor que são graduados e estão presentes nas categorias do delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, esta última responsável por realizar o juízo de valor das características pessoais do autor do injusto. A culpabilidade em relação à pena funciona como: i) fundamento (juízo de valor) de um fato típico e antijurídico e exige: capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta conforme a norma; ii) limite: determinação, proporcionalidade, finalidade; iii) exige dolo ou culpa (BITENCOURT, 2013, p. 437).

O conceito, pressupostos e fundamentos da culpabilidade acompanham a evolução da sociedade, estando em constante dinamismo e não há unanimidade entre os doutrinadores acerca do seu papel no injusto penal, alguns doutrinadores a entendem como categoria do delito e outros como pressuposto do crime (BITENCOURT, 2013, p. 438).

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, nos séculos XVI e XVII, com o surgimento do direito comum nos estados nacionais, Pufendorf adotou a teoria da liberdade da vontade, fundamentado no direito natural, em consequência, toda ordenação e todo direito, contém pela sua própria essência uma proibição, sua função imperativa é fundamental, pois desde a origem o direito natural tem fundamento perpétuo na vontade divina e seus princípios na razão humana. Hegel, mais tarde também adotou a teoria da liberdade de vontade para atribuir responsabilidade penal a quem se afastasse da lei (FERRAZ, Jr. 2003, p. 62)

Na metade do século XIX, Merkel e Binding sistematizaram a culpabilidade, provocando o declínio da teoria da liberdade da vontade. Nesse contexto, surgiram as seguintes teorias da culpabilidade: a) teoria psicológica da culpabilidade; b) teoria psicológico-normativa da culpabilidade e; c) teoria normativa pura da culpabilidade (BITENCOURT, 2014, p.).

Para Marina Cerqueira e Rafaela Alban, na teoria psicológica da culpabilidade, Franz von Liszt e Ernest von Beling conceberam os elementos constitutivos do tipo penal diferenciando e separando a culpabilidade da antijuridicidade. Para essa teoria a ação é causal-naturalista, entendida como uma realidade fenomênica e os elementos são retratados de modo alheio ao indivíduo provocador (sem liberdade de vontade) e as categorias do delito possuem um sistema bipartido: o injusto penal (tipicidade e antijuridicidade) e a culpabilidade (dolo ou culpa), com muita importância ao desvalor do resultado, mero objeto de imputação. Com diferentes concepções o dolo (elemento psíquico) e a culpa (elemento normativo) não poderiam ser espécies de culpabilidade (CERQUEIRA e ALBAN. 2014, p.241).

A teoria psicológico-normativa da culpabilidade (neoclássica ou neokantista), que procurou se desvincular da ação causal e naturalística. Reinhard Frank (1937), James Goldschmidt (1913), Berthold Freudenthal (1922) e Edmund Mezger (1932), desenvolveram essa nova teoria, fundamentada na ação causal-valorativa, introduzindo perspectiva valorativa, teleológica à ação, entendida como um comportamento humano provocador de resultado socialmente relevante, ganhando contornos de reprovabilidade, de um juízo de valor apoiado pela norma, daí o nome psicológico (vínculo psicológico do autor) e normativa (reprovação social). Desse modo, o juízo de culpabilidade passa a conter os elementos normativos: imputabilidade, dolo ou culpa, atual consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta conforme o Direito (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p. 242).

Apesar dos avanços com a inclusão de outros elementos na culpabilidade, ainda ficaram dois conceitos contraditórios na culpabilidade: dolo (psicológico) e a culpa (normativo), assim surge a teoria normativa pura, na concepção da finalista da ação de Hans Welzel que reestruturou as categorias do delito, retirando o dolo e a culpa (elementos subjetivos) da culpabilidade, incluindo-os na tipicidade, numa estrutura ontológica lógico-objetiva, onde a ação é entendida de forma pré-jurídica, como movimento humano dirigido a uma finalidade determinada. A culpabilidade se tornou exclusivamente normativa: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, representada por um juízo de valor, que é o "poder atuar de outro modo", apreendido pela constatação de que a ação de vontade do autor não ocorreu conforme o Direito e que ele poderia ter realizado sua conduta, voluntariamente, conforme a norma (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p.243).

Essa liberdade do homem, segundo Welzel, é constatada segundo os aspectos antropológicos, caracterelógico e categorial. No aspecto antropológico o homem é responsável pelos seus atos, diferente dos outros animais. No caracterelógico, o homem é capaz de dirigir sua vontade por meio da estrutura anímica: i) estrato profundo (impulsos vitais de conservação da espécie e da autoconservação, paixões, desejos e interesses). ii) estrato intermediário: caráter humano e reserva de decisões já executadas e transformadas em posições internas da personalidade; iii) o "eu": atos de pensamento, de decisão de vontade, onde os impulsos são dirigidos conforme o sentido e significação valorativa que encerram a estrutura anímica formadora do aspecto caracterelógico da liberdade humana. No aspecto categorial se reconhece a liberdade, não como um estado, mas como um ato de liberação da coação causal dos impulsos, onde fica demonstrado que haveria a possibilidade de autodeterminação de acordo com um

sentido determinado. A liberdade humana é concebida como um dado ontológico pré-jurídico e inerente ao homem e definida como a capacidade de reger-se conforme os fins e determina a possibilidade de atuar de outro modo, que configura a culpabilidade puramente normativa: falta de decisão conforme o sentido de um sujeito responsável (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p.243).

Como a liberdade individual, se mostra difícil de aferir num processo de atribuição jurídica de responsabilidade penal, esse poder geral e individual de atuar de outro modo passou a adotar o critério formal de *homem médio*, procurando descobrir se nas circunstâncias em que o sujeito concreto atuou, o homem médio poderia atuar de outra forma, conforme o Direito. Quando fosse exigível um comportamento conforme o mandamento normativo, estaria fundamentada a reprovação de culpabilidade. Tal entendimento conduziu à normatização do conceito de culpabilidade, por meio da generalização da exigibilidade, cuja crítica, de acordo com Bitencourt, se funda na pretensão de se fundamentar uma reprovação ética contra um indivíduo pela capacidade da maioria das pessoas (*homem médio*), sem averiguar se elas ocorrem, no caso concreto, com o autor do delito, deixando de lado as influências políticas e sociais que podem interferir decisivamente na postura do indivíduo frente ao Direito vigente (BITENCOURT, 2013, p. 464).

Atualmente esse conteúdo material de culpabilidade, como categoria sistemática do delito está em debate doutrinário, sob dois aspectos opostos: i) inserção de fundamentos preventivos (necessidade da pena); ii) inserção de fundamentos garantistas (normativa). Diante desse cenário, surgiram concepções conciliadoras e ecléticas, buscando alternativa para a teoria normativa da culpabilidade: a) teoria funcionalista (corrente moderada e radical); b) teoria da motivabilidade pelas normas (BITENCOURT, 2013, p. 465).

Segundo Muñoz Conde, a motivabilidade se dá em função das condições de participação do indivíduo na sociedade em um Estado Social Democrático de Direito não tem o papel de punir aqueles que não têm iguais condições de participar da vida social, mas sim a de promover a liberdades e igualdades reais, pois nesse contexto a culpabilidade não pode ser apenas formal, mas acima de tudo material, interpretada segundo princípios e valores democráticos. (CONDE, ano 1985, p.35).

Para Cerqueira e Alban, as propostas para substituir a culpabilidade por outro instituto jurídico se encaminham em dois sentidos: i) indicar novo fundamento material; ii) buscar nova comprovação da liberdade de agir. Dentre elas as teorias de Günther Jakobs, Claus Roxin e Bernd Schünemann (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p.250).

Günther Jakobs defende, a substituição da culpabilidade pela função instrumental de prevenção geral positiva para afirmar a vigência da norma jurídico-penal, como um simples dever de fidelidade, cuja legitimidade é inquestionável, em virtude do contrato sinalagmático firmado entre o Estado e a sociedade, representado pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o delito significa o rompimento desse contrato, o que justifica a punição do infrator, limitada ao necessário, apenas para reafirmá-lo perante a sociedade. Segundo Cerqueira e Alban, essa tese é criticada pelo uso instrumental da pessoa humana para fins de estabilização do ordenamento jurídico, violando direitos e garantias fundamentais, inclusive no que diz respeito à proporção da pena (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p.251).

Peñaranda, González e Meliá entendem reprovável na teoria de Jakobs a supressão no princípio da culpabilidade do limite à necessidade de prevenção, bem como a falta de referência à dignidade da pessoa e sua instrumentalização para fins alheios, que poderia conduzir, numa visão kantiana, à submissão do sujeito ao regime dos direitos reais. Também é frequente a crítica dirigida à falta de precisão e fácil manipulação dos critérios estabelecidos por Jakobs, quais sejam: i) necessidade de estabilização da confiança na norma ii) possibilidade de judicialização do conflito, em virtude da absoluta normatização do conceito de culpabilidade, carente de suporte real, produzindo a "falácia normativista" (RAMOS, GONZÁLEZ e MELIÁ, 2013, p. 61).

Claus Roxin se alicerça nas finalidades político-criminais do Direito Penal e na aplicação da pena, partindo do princípio de que o homem é influenciado pelo meio em que está inserido e que ação é qualquer exteriorização da personalidade. Propõe a teoria da imputação objetiva, onde no lugar da causalidade haveria a indagação sobre um risco não permitido no âmbito de proteção da norma e a inclusão da categoria empírico-normativa "responsabilidade", onde se faria o exame da culpabilidade, da dirigibilidade normativa e necessidade de reprovação do autor do delito. Dessa forma, a culpabilidade é afirmada quando o agente, no momento do fato, estava disponível para a chamada da norma, segundo o seu estado mental e anímico, que seria empiricamente demonstrável e vai depender da necessidade preventiva da pena que, mesmo que necessária, não será imposta se não havia a possibilidade do sujeito motivar-se pela norma, no momento do fato. Roxin apresenta uma culpabilidade mais limitadora, garantista e flexível, em vista da exigência da necessidade preventiva da pena. Da mesma forma que Jakobs, a necessidade de punição subordina os indivíduos ao interesse da sociedade e de terceiros (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p.253).

Bernd Schünemann defende uma concepção de culpabilidade baseada na liberdade

humana, mas com novo fundamento, onde a existência do livre-arbítrio é um estado antropológico fundamental expresso na estrutura gramatical da linguagem, Adota modelo híbrido onde a realidade física, com base na linguagem e na experiência, constrói a ontologia do sistema. O livre-arbítrio seria uma exitosa reconstrução social e cultural da realidade, não um mero dado biofísico, somente eliminado junto com a cultura, representado pela aquisição da faculdade de direção do comportamento segundo valores analisados criticamente. Entende que o "poder atuar de outro modo" não é ficção necessária para o Estado, pois um Estado de Direito não pode prescindir da liberdade humana (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p. 254).

A culpabilidade para Urs Kindäuser e Klaus Günther tem legitimação na norma jurídica, inspirados na teoria da ação comunicativa de Jünger Habermas. Esse modelo de culpabilidade dispensa o livre-arbítrio, pois é baseada na lesão que o sujeito pode causar à própria norma (autonomia ou lealdade comunicativa) e não na racionalidade do sujeito, que não a integra. Para Kindäuser, o Direito Penal é meio de integração social e a culpabilidade limite e manutenção do Direito criado democraticamente como reprovação à falta de lealdade, com potencial de desintegração, para com a autonomia comunicativa dos interlocutores da interação. A culpabilidade então analisa: a) ação humana e suas duas orientações fundamentais: i) a um resultado (comportamento instrumental); ii) à compreensão comunicativa (comportamento discursivo) e; b) à função social legítima e normativa do Direito para o destinatário, pois a força legitimadora da norma vem: i) da autonomia (participação no acordo social para criação das normas); ii) da lealdade (limitação de comportamento pelas normas) e; iii) do espaço-livre dos discursos comunicativos dos participantes no processo de integração social (exercício dos direitos fundamentais), que estabilizam as normas. (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p. 257).

Klaus Günther afasta a ideia de finalismo e examina a culpabilidade com base na ideia de legitimação democrática das normas jurídicas, adotando a noção de pessoa deliberativa dentro de um Estado Democrático de Direito, na linha de Merkel. A pretensão de legitimidade e obediência normativa do ordenamento jurídico são efetivadas a partir do conceito de pessoa crítica (distanciamento) e participativa (reflete e analisa) no processo de formação das normas jurídicas: como autor (cidadão, dever de evitar o injusto) e destinatário (sujeito de direito, respeita a norma, ainda que discorde da mesma), em igualdade de condições para o exercício de atuação crítica diante do processo institucional de formação da norma jurídica. O juízo de culpabilidade ocorre quando a pessoa, com capacidade crítica, pratica ação externa em desacordo com a norma, renunciando ao seu papel de cidadão e se contradizendo com ela. O fundamento da culpabilidade é a possibilidade, conferida pelo ordenamento jurídico aos

cidadãos, para questionar e demonstrar a sua inconformidade com a organização normativa da sociedade e a responsabilização do sujeito deliberativo decorre do rompimento de uma espécie de contrato entre a liberdade no processo de formação da norma e a contribuição para evitar a sua violação, levando-se em conta a capacidade crítica, não vinculada, portanto a livre-arbítrio (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p.260).

Capítulo II – As pesquisas da neurociência e as implicações deterministas

1. Algumas pesquisas de neurociência

Há cerca de meio século neurologista e neurocientistas vêm estudando os mecanismos neurológicos que se encontram nos processos cognitivos, tanto no âmbito da atividade elétrica do encéfalo quanto da molécula e, mais recentemente, vêm se dedicando ao estudo específico dos mecanismos neurológicos associados à tomada de decisão e três importantes cientistas alemães tem fomentado a discussão sobre a liberdade da vontade: Wolf Singer, Wolfgang Prinz e Gerhard Roth (BUSATO, 2014, p.53).

A neurociência cognitiva (de um lado biologia e neurociência; do outro ciência cognitiva e psicologia) partiu da investigação de processos sensório-motores mais básicos e está alcançando comportamentos mais complexos e elevados, com o auxílio de técnicas de neuroimageamento, com o objetivo de entender os detalhes do sistema de regulação do cérebro e como surgem as decisões em redes neurais, tentando evidenciar que os padrões morais, práticas e políticas residiriam em nossa neurobiologia. Atualmente, o recurso mais utilizado

pelos neurocientistas é a Ressonância Magnética Funcional (fMRI), mas não é o único, pois os métodos e técnicas de neuroimageamento do cérebro se dividem em imagens funcionais: informações fisiológicas (tomografia computadorizada por emissão de fóton único (SPECT), tomografia por emissão de pósitrons (PET), ressonância magnética funcional (fMRI), eletroencefalograma (EEG), magnetoencefalografia (MEG) e tomografia por impedância elétrica (EIT) e; imagens estruturais: informações anatômicas (radiografias, tomografia computadorizada (CT), ressonância magnética (MRI) e ultrassonografia (US) (BRITO, 2014, p.113).

Na década de 60, na Califórnia, o cientista Benjamin Libet realizou experimentos onde colocou eletrodos na cabeça de participantes e lhes pediu que executassem uma tarefa simples: levantar o dedo num momento de sua própria escolha. Os voluntários olhavam um cronômetro de alta precisão e lhes foi solicitado que anotassem o momento exato em que sentiram o impulso de fazer o movimento. Libet teria descoberto que as pessoas se tornavam conscientes do impulso para se mexer cerca de um quarto de segundo antes de realmente fazer o movimento. Ao examinar as ondas cerebrais nos registro de EEG descobriu que a atividade no cérebro teria começado a aumentar em mais de um segundo antes que os participantes sentissem o impulso para se mexerem, levando-o a crer que as partes do cérebro tomariam decisões bem antes de a pessoa viver conscientemente o impulso. O próprio Libet, entretanto levantou a hipótese que seria possível manter a liberdade na forma do poder de veto, pois embora não se possa controlar o impulso para mover o dedo, sugere que haja uma janela mínima de tempo para evitar erguer o dedo (EAGLAMAN, 2012, p.179).

Os experimentos de Libet teriam identificado que "algo" ocorre no cérebro imediatamente antes da consciência a respeito da decisão, mas não se pode concluir que esse "algo" condicionaria a tomada de decisão, até porque as pessoas já poderiam ter estabelecido previamente no plano mental, as possibilidades de exercício da vontade factíveis, a partir das instruções recebidas, de maneira que o potencial de prontidão poderia ser o resultado dessas deliberações prévias (BUSATO, 2014, p. 64).

Outros experimentos semelhantes foram replicados e destaca-se um estudo publicado em 2008, elaborado por Soon, Brass, Heize e Haynes, do Instituto Max-Plack, com o auxílio de fMRI, onde se procurou investigar e identificar quais regiões do cérebro predeterminariam intenções conscientes, bem como o momento em que elas começariam a formar uma decisão motora. Suas conclusões puderam prever o acionamento do botão com antecedência de 5 segundos, algo mais significativo que os milissegundos de Libet, que os

resultados de uma decisão seriam codificados na atividade cerebral do córtex pré-frontal e parietal. Outros estudos foram realizados, utilizando a fMRI, associando certas áreas do cérebro como o córtex pré-frontal, a determinados padrões de comportamentos mentais ou de personalidade, relatando casos de sujeitos que após lesão no córtex pré-frontal não mais teriam controlado impulsos sexuais (estupros e pedofilia). Em 2009 a fMRI foi utilizada pela primeira vez como prova em um tribunal norte-americano para a revelar a atividade do cérebro em tempo real e mostrar o aumento do fluxo de sangue, principalmente no córtex frontal, como argumento que o réu teria o cérebro de um psicopata, levando-o a estuprar e matar (BRITO, 2014, p.117).

Os experimentos de Alvaro Pascual-Leone, com estimulação não invasiva do cérebro usando campos magnéticos, teria demonstrado ser possível influenciar a escolha das pessoas, quando se lhes permite decidir sobre se movimentam uma ou outra mão. Essa possibilidade de escolha é ampliada num certo sentido a depender do hemisfério cerebral estimulado magneticamente. Embora estimuladas externamente, as pessoas experimentadas seguem acreditando que sua escolha da mão foi feita livremente. Ao anestesiar uma região do cérebro se observou mudança de comportamento que dependia da área afetada: região lobo pré-frontal lateral: dificuldade para tomar decisão ante dilema complexo; região pré-frontal média: dificuldade para inibir comportamentos e conduta social habitual (BUSATO, 2014. p. 52).

A fMRI do cérebro de assassinos, para Witzel, Walter, Bogerts e Northoff, teria função cerebral reduzida no córtex pré-frontal e muitos dos criminosos violentos mostrariam transtornos de personalidade psicopata, caracterizado por herdabilidade moderada e anormalidades no córtex pré-frontal orbital e na amígdala. Na maioria dos casos de pedofilia houve sugestão de anormalidades no córtex orbito frontal e temporal e alterações nas amígdalas. Esses autores já falam até em "neuroimagem forense" associada à psiquiatria forense, com o objetivo de tentar demonstrar se os criminosos exibem sinal neurológico único e distinto a ser identificado e monitorar sua capacidade e risco de cometer atos criminosos, utilizados como argumentos em decisões judiciais sobre delitos e colocação em liberdade condicional. Sugerem que a tomada de decisão e o julgamento moral seriam "provavelmente" anormais em "pelo menos" alguns grupos de criminosos (BRITO, 2014, p.119).

Muitas dessas pesquisas foram replicadas em 2011 utilizando fMRI de 7 Tesla (as anteriores tinham 3Tesla) e as intenções dos indivíduos puderam ser lidas em cerca de 7 segundos antes delas se tornarem conscientes no hemisfério oposto da mesma região do córtex pré-frontal, sugerindo que não haveria separação absoluta entre um momento e outro da tomada de decisão à plena consciência, mas sim uma evolução lenta desse processo (GUARAGNI E

GUIMARÃES, 2014, p.186);

As conclusões dessas pesquisas da neurociência sobre a inexistência do livre-arbítrio foram criticadas, pois: i) seriam precipitadas; ii) os experimentos teriam se dado em pequenos grupos de pessoas jovens; iii) não teriam sido consideradas várias hipóteses decisórias espontâneas; iv) alguns experimentos teriam obtido baixos índices percentuais de acertos: em torno de 40%; v) as tarefas executadas seriam simples, com ações do cotidiano e involuntárias. A consciência, em geral, presta atenção a problemas e situações novos, quando ainda não arquivou no cérebro um padrão de conduta rotineiro ou quando se busca o padrão correspondente; vi) teriam incorrido em erro conceitual, fazendo coincidir a própria conduta tida como voluntária com processos cerebrais, pois as intenções não seriam processos cerebrais, não se situariam numa zona do cérebro, nem se reduziriam a um estado cerebral, a consciência não seria "algo" que acontece no cérebro, implicaria uma complexa interação entre o cérebro, corpo e o mundo exterior. (GUARAGNI e GUIMARÃES, 2014, p. 187).

Para o psicólogo Jonathan Haidt, grande parte dos julgamentos morais também é feito de maneira automática, com influência direta de fortes sentimentos associados a certo e errado, armazenados na memória e que atuariam no processo de decisão trazendo as experiências ambientais passadas, num determinismo ambiental, cuja conclusão também teria teriam chegado, em 1983, Libet e sua equipe. Ainda que pessoas tenham idênticas sequenciais genéticas de DNA, as proteínas diferentes e mesmo antagônicas entre si, quimicamente produzidas por essas sequências de genes gerariam respostas neuronais diferentes e, portanto diversas as reações e atitudes, levando a crer que não haveria uma tirania do gene, mas um papel decisivo também do entorno na configuração biológico-fenotípica do ser humano, descartando a possibilidade de um puro determinismo ambiental ou de um puro determinismo biológico, pois haveria vários fatores na correlação de causa-feito numa conduta humana (GUARAGNI e GUIMARÃES, 2014, p.173-197).

Kelly Burns e Antoine Bechara (2007), autores da teoria mais discutida no momento, valendo-se de estudos anteriores de Antonio Damásio, tentam demonstrar que o processo neural de decisão seria estritamente dependente de um processo somático e não psíquico. Segundo essa teoria, os estados somáticos poderiam ser induzidos a partir de indutores *primários* (estímulos inatos ou aprendidos que causariam estados agradáveis ou aversivos) e *secundários* (entidades geradas pela recordação de um evento emocional pessoal ou hipotético, ou seja, pensamentos e memórias do indutor primário que provocariam uma resposta somática). Uma vez presente no ambiente, alguém que seja estimulado por um indutor primário,

automática e obrigatoriamente obteria uma resposta somática. Exemplo de indução primária seria o momento no qual um indivíduo viciado utilizaria a droga e de indutor secundário seria a recordação ou imaginação da experiência com a droga. Todo esse processo inconsciente se situaria na amígdala e outros centros como hipotálamo, sendo este último responsável por desencadear estados somáticos de indutores primários, que seriam retransmitidos para o tronco cerebral ou ao córtex, onde seria percebido como um sentimento subjetivo. Uma vez formado o padrão somático desencadeado pelo indutor primário, posteriormente poderia ser apresentado como indutor secundário específico, por meio da memória, todavia o padrão somático produzido pelo indutor secundário (recordação ou imaginação) seria "geralmente" mais fraco que o provocado pelo indutor primário (real). Com essa carga arquivada, os comportamentos complexos e aparentemente indeterminísticos seriam o produto de um processo cognitivo complexo composto por dois sistemas neurais distintos mais interativos: i) um impulsivo (amígdala), que sinalizaria dor ou prazer das perspectivas imediatas de uma opção; ii) outro reflexivo (córtex neural pré-frontal), que sinalizaria dor ou prazer das perspectivas futuras de uma opção. A decisão final seria determinada pela relação de forças entre os sinais de dor e prazer associados com perspectivas imediatas ou futuras. Quando a perspectiva imediata for desagradável e a do futuro for mais agradável, o sinal positivo de perspectiva do futuro seria a base para suportar o desconforto de perspectiva imediato, isso também ocorreria quando a perspectiva futura for ainda mais agradável do que a imediata, do contrário, predominariam as perspectivas imediatas e as decisões mudariam para um horizonte de curto prazo. Vontade ou força de vontade para uma decisão surgiria dos estados somáticos desencadeados pela interação entre os dois sistemas neurais: o impulsivo (indutores primários) e o reflexivo (indutores secundários). O reflexivo controlaria o impulsivo, mas este controle não seria absoluto e uma hiperatividade do sistema impulsivo poderia sobrepor a influência do reflexivo. Assim, a tomada de decisão seria muito influenciada por processos implícitos que não necessariamente chegariam à consciência e que, além disso, danos neurológicos cerebrais poderiam alterar o funcionamento normal de alguns desses processos implícitos (BRITO, 2014, p. 114;116).

Atualmente haveria uma tênue distinção entre estudo do cérebro e dos comportamentos, também entre distúrbios neurológicos (problemas neurológicos) e psiquiátricos (problemas mentais), pois embora os distúrbios mentais sejam uma forma mais sutil de patologia cerebral, ambos se baseariam em particularidades biológicas do cérebro, assim a comunidade médica se referiria aos distúrbios mentais como disfunções orgânicas, de base física e não puramente psíquica. A eficácia dos fármacos teria contribuído muito para

mudança da ideia de culpa para a biologia, a exemplo dos casos de epilepsia, depressão (fluoxetina), esquizofrenia (risperidona), mania (lítio) (EAGLEMAN, 2014, p. 185).

As modernas técnicas de neuroimageamento ainda são rudimentares, seria como pedir a um astronauta na nave espacial para olhar pela janela e julgar como a América está se saindo, pois são incapazes de fornecer uma avaliação detalhada e individualizada de culpa ou inocência, ou seja, da saúde do cérebro, pois as diferenças são tão sutis, que só se revelariam em medições de grupo, contudo quanto mais se sabe sobre os circuitos do cérebro, mais frágil se torna a acusação feita com base em submissão, falta de motivação ou disciplina fraca e a mudança na ideia de culpa se deve à melhor, porém não plena compreensão da biologia e de que nossas percepções e comportamentos seriam controlados por sub-rotinas inacessíveis facilmente perturbáveis. (EAGLAMAN, 2014, p. 186).

2. Alguns posicionamentos acerca das pesquisas deterministas da neurociência

O neurodeterminismo não é uma corrente científica unitária, seus representantes vêm, a partir de características comuns, delineando imagem de ser humano que contradiz a ideia tradicional de liberdade de vontade, mas sem extrair em todos os casos as mesmas consequências acerca da responsabilidade dos indivíduos na sociedade. Gerhard Roth (2003) entende que a representação tradicional de que a vontade se transformaria em fatos concretos por meio de uma ação voluntária dirigida por um "eu" consciente não seria mais que uma ilusão, pois essa ação seria consequência da concatenação da amígdala, do hipocampo e do nós ventral e dorsal, onde a inconsciente memória emocional da experiência teria a primeira e última palavra nos desejos e intenções e as decisões adotadas ocorreriam no sistema límbico um ou dois segundos antes de que possamos percebê-las de modo consciente, em um sistema, de poder organizado levando o ser humano ao autoengano de se perceber como livre. Wolfgang Prinz (2004) entende a liberdade de vontade como uma instituição social que não corresponderia com a realidade cientificamente demonstrável e para entender como as pessoas se sentem livres seria importante investigar além das funções cognitivas e volitivas, também a percepção dessas funções. Para Wolf Singer (2004) as percepções experimentadas como objetivas seriam o resultado de processos construtivos, aonde cada ação resulta necessariamente de uma combinação entre os estados cerebrais que originam o estímulo atual e os imediatamente anteriores que estariam determinados pela organização genética previamente dada do sistema nervoso, pela multidão de fatores epigenéticos e processos educacionais que modificariam a arquitetura das cadeias nervosas, assim como pela história prévia que se encontraria na dinâmica da interação neuronal. Para Francisco Rúbia (2009) o cérebro nos engana, a liberdade

de vontade pode ser uma impressão subjetiva e o livre-arbítrio uma ilusão só explicável a partir do dualismo cartesiano que a neurociência não estaria disposta a admitir, pois não existiria nenhum ente imaterial que estaria livre das leis deterministas que regem o universo e difícil explicar como reagiria tal ente com a matéria, pois violaria as leis da termodinâmica e a unidade causal do mundo material, onde a causa de um fenômeno físico é sempre outro fenômeno físico (CRESPO, 2014, p. 23).

A dicotomia entre as concepções dualistas cartesianas (corpo e mente) e a unívoca materialista (mente como cérebro) estaria longe de ser superada e mesmo quem defende a concepção materialista conservaria a estrutura cartesiana de situar a mente no cérebro, incorrendo na *falácia mereológica*, que consistiria no erro dos neurocientistas de atribuir às partes constituintes de um animal atributos logicamente aplicáveis só ao animal como um todo, pois o cérebro não seria um sujeito apropriado de predicados psicológicos e a mente deveria ser entendida como as sensações, percepções, cognição e volição e não "algo" que teria que se situar no cérebro, pois não se trataria de uma questão empírica, suscetível de confirmação ou negação pela experiência, mas de uma questão conceitual, no qual o significado e o sentido são obtidos por meio dos jogos de linguagem, mas há opiniões contrárias que entendem ser subterfúgio filosófico considerar que as perguntas conceituais não podem ser transpostas para a investigação e experimentação científica, pois se esta não pode resolvê-las, ao menos as informa, ajusta e revisita, podendo dissolvê-las ou solucioná-las mediante reflexão filosófica ulterior (CRESPO, 2014, p. 20;21).

A justiça penal não poderia suspender seus julgamentos até a conclusão da discussão em torno do livre-arbítrio, que poderá durar décadas ou séculos, a afirmação de que o ato consciente de vontade de nenhum modo poderá ser o causador do movimento, porque este está fixado previamente por processos neuronais, não deixaria espaço para a liberdade de vontade e sequer para uma consciência intermitente, atingindo devastadoramente o princípio jurídico-penal da culpabilidade, responsabilidade e do livre-arbítrio, contudo essa seria a hipótese da biologia humana, como ciência empírica do ser humano e não das demais ciências que também tratam da liberdade do ser humano. As hipóteses fundamentais da biologia humana e do Direito Penal são tão díspares que seria impossível integrá-las e nem é possível afirmar que estejam no mesmo plano. Toda ciência é livre na determinação de seus objetos, métodos e instrumentos, assim tal interferência trata-se de *erro categorial*, que deriva da vulneração de um princípio do conhecimento e da suposição de que as ciências de método empírico poderiam julgar cientificamente se outras ciências estão autorizadas a desenvolver um conceito de

liberdade ou não, ou se ela existiria ou não. O pressuposto de que haveria hegemonia entre as ciências não seria verdade, tampouco existe um conceito geral de liberdade que esteja acima de todas as ciências e, caso existisse, não haveria uma preferência em favor das ciências empíricas (HASSEMER, 2014, p.7-9).

As pesquisas da neurociência não trarão nenhuma alteração relevante no Direito Penal e em seu processo, pois é muito precoce a aceitação universal das descobertas da neurociência, bem como para se admitir que elas possam provocar revisões completas de compreensão a respeito do livre-arbítrio. A liberdade humana não seria ficção estatal, ela é parte constituinte do eu (GUARAGNI e GUIMARAÃES, 2014, p.191).

A compreensão kantiana de que a vontade parte da *motivação mental* e pode iniciar uma cadeia causal por si mesma, pressupondo uma vontade livre e não determinada enfrenta hoje objeções da filosofia da mente, pois toda explicação razoável passa pelas exigências de uma suficiente razão de ser material ou espiritual, vez que a formação da vontade do ponto de vista psicológico e neurológico depende de fatores decisivos na escolha, não havendo uma correlação fixa entre um estado de vontade e uma determinada ação, pois parte de motivos inconscientes que procederiam do sistema límbico, mas esses motivos anteriores não estariam completamente condicionados por processos inconscientes, o que transformaria os atos conscientes em meros epifenômenos dos atos inconscientes. Nesse contexto do determinismo atual nosso comportamento se determinaria passo a passo, pois a cada momento se entrecruzariam linhas causais e, nessa perspectiva o Direito Penal poderia ser compatível com a hipótese determinista, mesmo diante de se conseguir provar algum dia os atos voluntários de maneira biofísica. Para o filosofo Michael Pauen (2009) a autodeterminação parte de dois princípios: i) da autonomia: distingue os atos livres dos praticados sob compulsão; ii) autoria: atribui o fato a quem o realiza, onde o agente capaz de executar um ato livre partiria de certos desejos, disposições e crenças racionais e emocionais (preferências do autor), assim o ato seria minimamente livre e autodeterminado se puder ser explicado frente às *preferências do autor* (CRESPO, 2014, p.28).

Damásio (2012) em sua obra *O erro de Descartes*, entende que antes do aparecimento da humanidade os seres já seriam seres que evoluíram até o surgimento da humanidade e o posterior aparecimento daquilo que se chamaria de consciência, dessa forma o existir precederia o pensamento e o pensamento consciente seria causado pelas estruturas e operações do ser, assim para a neurociência todos os estados e processos mentais seriam

causados por processos neurológicos que teriam lugar no cérebro, como um conjunto de processos físicos e químicos que estariam sendo desvendados por meio do mapeamento do cérebro, eliminando distinções básicas entre sujeitos responsáveis e irresponsáveis, entre ações patológicas e culpáveis sobre as quais se constrói a vida social (MELLO, 2014, p.88).

Ainda que ilusória, a sensação de liberdade integra a essência e a realidade do homem e seria de onde se extrairia a base para que a norma penal considere o homem como ser livre. Para Searle, na filosofia atual, a consciência possuiria uma ontologia de primeira pessoa, subjetiva, com intervalos (gap) entre: i) as razões (motivos) que povoariam nosso consciente para uma tomada de decisão; ii) a tomada de decisão; iii) a sua execução, onde a cada etapa, se experimentaria estados conscientes que nos pareceriam insuficientes para impor o estado consciente seguinte, pois os antecedentes psicológicos da ação não seriam causalmente suficientes para determiná-la e a falta desse intervalo (gap) entre um momento e outro exigiria um impulso indeterminista (GUARAGNI e GUIMARÃES, 2014, p.203).

Os operadores do Direito, intuitivamente, devem demonstrar um ato e uma mente culpável e, nada havendo que impeça a mente de controlar o corpo, presumem o agente plenamente responsável. Nesse ponto haveria tensão entre biologia e intuição, para a biologia não somos tábulas rasas, mas impelidos por vastas e complexas redes biológicas, não sendo claro a relação que o "eu" consciente teria nesse sistema. O apoio ao livre-arbítrio, baseado em geral na experiência subjetiva direta, pode ser enganadora, pois as decisões poderiam parecer escolhas livres, mas não existiria prova de que elas realmente o sejam. O livre arbítrio não seria necessário à execução de muitos atos motores, pois pessoas com síndrome de tourette, distúrbios psicogênicos, síndrome da mão alheia, sonambulismo homicida (parassonias), por exemplo, não possuem liberdade de não executar tiques motores, vocalizações inadequadas, nem mesmo de realizar comportamentos de alto nível, vez que os sistemas zumbis tomam as decisões, nas quais a pessoa não poderia ser considerada responsável (EAGLAMAN, 2012, p.183).

A atividade do cérebro estaria impelida por outra atividade do cérebro, em uma rede complexa e interligada que, bem ou mal, parece não deixar espaço para nada além de atividade neural. Não haveria espaço para um fantasma da máquina. Se o livre-arbítrio tem algum efeito nos atos do corpo, precisaria estar conectado fisicamente a algum neurônio, pois cada parte do cérebro seria causal e densamente conectada, não haveria hiato onde se pudesse encaixar o livre-arbítrio. Seria incompreensível entidade não física (livre-arbítrio) interagir com entidade física (cérebro). O livre-arbítrio poderia até existir, não separado da biologia de seus agentes e

com muito pouco espaço para operar, numa espécie de princípio do automatismo suficiente, apenas como pequeno fator no alto de uma maquinaria automatizada (EAGLAMAN, 2012, p.179).

As pessoas não possuem a mesma capacidade para tomar decisões, pois seus cérebros podem ser muito diferentes, influenciados não só pela genética, mas pelo ambiente em que foi criada, que podem interferir no comportamento: abuso de substâncias pela mãe durante a gravidez, estresse materno, baixo peso ao nascimento, negligência, maus-tratos físicos, lesões na cabeça, abuso de substâncias, exposição a uma variedade de toxinas, acarretando possíveis lesões no cérebro, que podem afetar a inteligência, a agressividade e a tomada de decisões (EAGLAMAN, 2012, p. 170).

A depender da área do cérebro atingida, as pessoas podem apresentar alterações de comportamento, por exemplo: tumor na estrutura do hipotálamo - perturbações de ordem social; tumor no córtex orbifrontal do cérebro - mudança de comportamento sexual; demência frontotemporal - comportamentos violadores das normas sociais; mal de Parkinson, após a ingestão de dopamina - comportamento de jogadores patológicos, consumidores de álcool compulsivos, comedores insaciáveis e de hipersexualidade, pois a dopamina tem dupla função no cérebro: no comando motor e no sistema de recompensas. O desequilíbrio da química no cérebro pode causar grandes mudanças no comportamento, pois se a biologia muda, muda a tomada de decisão, apetites e desejos, vez que os impulsos dependeriam da intrincada máquina neural. Embora o agir sobre esses impulsos seja considerado uma questão de livre-arbítrio, nem todas as pessoas seriam igualmente “livres” para fazer escolhas socialmente corretas. Se tais condutas podem não ser culpa do agente e sim do seu cérebro degenerado, esse homem seria inimputável, por ser dependente de sua biologia e também por não escolher seu desenvolvimento (EAGLAMAN, 2012, p.163-169).

Capítulo III – Livre-arbítrio e neurociência frente à culpabilidade no Direito Penal

O conceito analítico de crime se tem dois elementos nucleares: 1º) o injusto: conduta típica e ilícita e; 2º) a culpabilidade: i) imputabilidade; ii) potencial consciência da ilicitude; iii) exigibilidade de conduta conforme o Direito, estas duas últimas com base na ideia de liberdade humana. A pretensão punitiva somente surge quando esses elementos são preenchidos: escalonados e cumulativos e fora desse conceito analítico não há possibilidade de definir se houve crime, contudo as ciências que não fazem parte desse sistema tentam, com seu discurso, penetrar no mesmo (GUARAGNI e GUIMARÃES, 2014, p.170).

O livre arbítrio como base para a culpabilidade penal tem sido o problema na construção moderna para sua concepção e, por isso mesmo, o grande responsável por sua atual crise (BITENCOURT, 2013, p. 460).

Caso os estudos sobre o cérebro venham a confirmar a inexistência do livre-arbítrio, isso poderia acarretar problemas na culpabilidade penal, principal elemento na fundamentação do castigo, mudando o paradigma acerca dos princípios jurídicos fundamentais, então se deve acompanhar sua evolução, vez que eventuais efeitos positivos poderiam se transformar em perniciosos, haja vista as lições do passado (CRESPO, 2014, p. 19).

No conteúdo material da culpabilidade dois aspectos podem ser discutidos: i) individualização da pena e; ii) existência do livre-arbítrio. A teoria normativa pura da culpabilidade, de Hans Welzel, tem sido objeto de críticas por ser fundamentada em duas categorias lógico-objetivas: i) a ação final e; ii) o *poder agir de outro modo*, mediante a possibilidade de atuação diversa, baseada na ideia de livre-arbítrio, que sustenta a reprovabilidade da conduta antijurídica, motivo pelo qual doutrinadores tem buscado novos e substanciais fundamentos que respeitem o compromisso com direitos constitucionais, tais como Francisco Muñoz Conde, Eugenio Raúl Zaffaroni, Santiago Mir Puig, Armin Kaufmann, Enrique Gimbernat Ordeig, Winfried Hassemer, Jorge de Figueiredo Dias, Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd Shünemann, Urs Kindhäuser e Klaus Günther. (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p.240).

A culpabilidade penal frente ao livre-arbítrio ou ao determinismo resultaria, segundo Crespo, em dois silogismos distintos: 1º) o livrearbitrista: i) a pena seria legítima, se o sujeito pudesse atuar de outro modo, salvo alguma patologia; ii) o castigo seria justificado pelo

passado e presente, mesmo diante da incerteza de que o sujeito não poderia atuar de outro modo; iii) o caráter retribucionista da pena consideraria que o sujeito culpável deveria ser castigado e a culpabilidade seria o aval para tratar as pessoas de acordo com suas ações voluntárias, apesar dos custos para o princípio da liberdade; 2º) não livrearbitrista: i) o castigo seria para proteger bens jurídicos segundo a normalidade; ii) não se poderia castigar os casos duvidosos, pois se partiria da presunção de normalidade; iii) pelo caráter preventivo, nem sempre o sujeito considerado culpável precisaria ser castigado (CRESPO, 2014, p. 30).

Não se mostra viável que a neurociência tente se inserir no discurso penal sugerindo a abolição das penas, mas também não é possível um Direito Penal sem um mínimo de lastro empírico comportamental do mundo do *ser* ***e*** que se contente com a máxima kantiana de que nada do mundo do *ser* vincula o universo do *dever-ser*, nem com a ideia roxiniana de que embora nada prove que somos livres a norma irá nos tratar como se fôssemos, pois a norma não pode simplesmente arbitrar como tudo deveria ser, sem dados da realidade, ainda que haja o predomínio de dados da cultura por ser ciência valorativa, incluindo a forma como o homem se constitui. A liberdade humana vem da experiência humana, do intertratamento pessoal e do entendimento de que somos livres como categoria existente no plano moral, não na ótica de Kant, que diferenciava entre o *homo* fenomênico (biológico) e o *homo* noumênico (ideias), mas de Schopennhauer, que se refere a três liberdades distintas: a física, a intelectual e a moral, esta última o *locus* da ideia de livre-arbítrio onde, por vezes, mesmo não sendo constrangido por obstáculos físicos, o homem, podendo agir não age, assim a liberdade residiria no ser e não na ação. Essa concepção relativa de liberdade permite aos penalistas dizerem que livre-arbítrio seria o pressuposto da culpabilidade (GUARAGNI e GUIMARÃES, 2014, p.199).

Bjorn Burkhardt (2007) acredita que para o Direito Penal a perspectiva da primeira pessoa seria a base e o objeto da responsabilidade individual penal, sendo decisiva não a liberdade objetiva, mas a liberdade subjetiva ou experiência de liberdade. Merkel e Roth (2008) dizem que percepção subjetiva seria importante, mas não suficiente para justificar a heteroimputação jurídica e Feijoo Sánchez (2011) complementa, afirmando que não haveria vinculação entre verdade e sensações subjetivas (CRESPO, 2014, p. 27).

Seria insustentável para o Direito Penal defender forte conceito de livre-arbítrio no sentido de "poder atuar de outro modo", pois segundo Engisch (1965) é impossível provar empiricamente que uma pessoa em uma situação concreta poderia atuar de modo diferente de como o fez, porque isso suporia retroagir a uma dada situação e observar se tal possibilidade existe, mas esse experimento seria irrealizável, pois a pessoa já seria outra diferente por não

poder prescindir na situação posterior da recordação vivida (CRESPO, 2014, p.29).

Hans Welzel (1997), defensor do livre arbítrio não partia do indeterminismo tradicional, que conduziria a um vazio livre de motivos e condicionamentos, destruindo o sujeito responsável, pois se nada determinasse seu ato de vontade, o ato posterior não poderia guardar nenhuma relação com o anterior, nem de modo imediato, nem por um sujeito idêntico, porque já estaria determinado por algo de outra maneira. Para Welzel, o livre-arbítrio seria a capacidade para poder se determinar conforme um sentido, não na visão indeterminista da liberdade de poder atuar de outra maneira, mas da liberdade para atuar conforme um sentido, dessa forma a culpabilidade seria a negativa falta de determinação de um sujeito responsável, conforme um sentido (CRESPO, 2014, p. 29).

O Direito Penal sem liberdade humana equivaleria a um Direito Penal sem culpabilidade, abrindo espaço para um Direito Penal das medidas de segurança, mas um modelo monista de Direito Penal não seria necessariamente pior que um dualista, onde convivem penas e medidas, com pouca distinção entre as duas modalidades. Os neurocientistas não defendem um cenário "eugenésico" e nem que a sociedade deveria deixar de exigir responsabilidade às pessoas pelos atos que vulneram os direitos alheios, eles questionam o "poder atuar de outro modo", onde gira a ideia de inimputabilidade, mas não se deram conta de que há muito a ciência penal modificou a concepção livrearbitrista na formulação de culpabilidade jurídico-penal. Também não negam, em geral, a existência da capacidade de seguir intenções em longo prazo e de certo controle dos impulsos, delimitando, indiretamente, estreita e socialmente inevitável *margem de liberdade*, uma mínima capacidade de autodeterminação entendida em sentido intersubjetivo, que não representaria demonstração alguma de liberdade de vontade, mas seria tudo que o Direito Penal precisaria. Para Günther (2006), essa margem de liberdade mínima ou máxima seria dada, em grande medida, pela política criminal orientada normativamente (CRESPO, 2014, p. 31).

No campo político, o mau uso das possíveis conclusões da neurociência no Direito Penal, segundo Romeo Casabona (2009) estaria protegido por certos princípios básicos que, ao mesmo tempo, limita sua presença e justifica sua intervenção e que devem estar presentes no que se refere a eventuais intervenções de qualquer natureza no cérebro, com o fim de cura ou melhora, que impliquem em decisivas questões éticas (CRESPO, 2014, p.32).

Chiesa (2011) entende que o Direito Penal objetiva tornar possível a convivência humana mediante a proteção de bens jurídicos fundamentais e não poderia depender da premissa metafísica da liberdade humana, mas que um Direito Penal sem liberdade de vontade

e que assumisse o determinismo, não teria que ser necessariamente pior, menos atraente e garantista (CRESPO, 2014, p. 33-34).

Não seria aceitável prolongar o castigo com finalidade de prevenção especial positiva (ressocialização), em nome da periculosidade, pois na Europa as proliferações de medidas inocuizadoras de controle em nome da periculosidade tiveram que ser revistas legalmente, inclusive a alemã, por Sentença do Tribunal de Direitos Humanos em 2009. Qualquer avanço científico somente se adequará ao discurso do Direito Penal e criminológico se respeitar a dignidade do ser humano, sobretudo nos critérios para imputar a responsabilidade penal, caso contrário estaríamos nos aproximando da combatida imagem do homem no *Direito Penal do inimigo*, pois segundo Günther (2006) seria uma ironia sustentar uma ideia de ser humano como um conjunto de causas e consequências sobre o qual o Estado faria incidir determinados efeitos de modo causal para alcançar resultados e depois defender um trato mais humano aos delinquentes. Esse entendimento significaria um retrocesso na evolução filosófica social da modernidade, poderia fazer ressurgir um novo darwinismo social, bem como a ressurreição de Lombroso. Dessa forma, as contribuições da neurociência possuiriam limitações, no sentido de aprofundar as explicações sobre o comportamento humano e aplicá-lo em um Direito Penal mais democrático (CRESPO, 2014, p.35,37).

Perez Manzano (2011) entende que haveria argumentos para defender a compatibilidade da prevenção geral negativa (intimidação) com o modelo determinista, integrando ou estabilizando as expectativas normativas, que não estariam tão evidentes na prevenção geral positiva, mas seja qual for o alcance futuro da finalidade preventiva ou terapêutica, jamais deveria deixar de ser legítima e essa análise seria feita pelo aspecto valorativo-constitucional externo que protege sobretudo a dignidade humana. Não serviria um modelo jurídico-penal exclusivamente normativista, que só atenderia a seus próprios critérios, mas um permeável, flexível e adaptável aos novos conhecimentos sobre o comportamento humano, por essa razão rejeita o argumento de *falha categorial* de Hassemer, onde cada ciência deveria ocupar-se de seu objeto e instrumental próprios. (CRESPO, 2014, p.38).

O cérebro, para a neurociência, seria um órgão físico, sujeito a regras da física, onde não haveria espaço para a ideia metafísica de livre-arbítrio, pois o "eu" consciente estaria na própria estrutura física do cérebro, mas para o sistema penal o homem é dotado de livre-arbítrio, consciência e vontade para atuar conforme ou contrário ao Direito fundado na ideia de culpabilidade e de responsabilidade. Gimbernat Ordeig (1970) defende ser possível abolir a culpabilidade, sob o argumento de que não haveria respaldo na psicologia e na psicanálise de

que o livre-arbítrio possa existir, em abstrato, sendo impossível demonstrar se uma pessoa numa situação concreta cometeu livremente o delito (MELLO, 2014, p.88).

Essas pesquisas da neurociência sobre questões como causalidade e prevenção atingem o fundamento da imposição da pena e fazem com que se procurem novos institutos capazes de compatibilizar ou mesmo extinguir tradicionais ideias como imputabilidade e culpabilidade no Direito Penal, pois diante da falta de distinção entre condutas voluntárias e involuntárias não faria sentido se falar em dolo, conhecimento ou intencionalidade, vez que se a pessoa atuou de acordo com certa predisposição inconsciente causada pelo sistema límbico, não seria responsável por seus atos. Um Direito Penal com ideia de liberdade é diferente de um com ideias deterministas, pois neste haveria a substituição da culpabilidade e da finalidade preventiva da pena por medida de segurança. Não faria sentido estabelecer fundamentos e limites para a culpabilidade, pois o ser humano não teria alternativa de atuação. O vínculo entre comportamento e resultado, bem como a sua atribuição a um sujeito determinado seria causal e não de culpabilidade, graduadas por um estado de perigoso inerente a todo ser humano. Numa visão determinista seria difícil estabelecer critérios individualizadores que excluísse a responsabilidade penal pelo acaso, limites seguros para distinguir culpáveis e não culpáveis e fatores causais que interferem na conduta humana para fundamentar a prevenção geral. O juízo de culpabilidade permite estabelecer limite ao poder punitivo do Estado, individualizar, subjetivar, estabelecer critérios normativos e valorativos no juízo de imputação, sem caráter moralizante de censura e reprovação (MELLO, 2014, p.93).

A principal ambição da neurociência cognitiva no campo jurídico-penal seria comprovar o determinismo científico do comportamento humana e suplantar a ideia de livre-arbítrio, bem como a ideia de retribuição e prevenção, fortalecendo a periculosidade e o consequencialismo da punição, para promover o bem estar futuro da sociedade, no modelo de uma pena de incapacitação indefinida ou exclusão social sem estigma, ampliando a justificação da doença para abranger todos os criminosos em potencial, abolindo o papel de relevo da vontade na tomada de decisão, pois esta seria determinada pela atividade neuronal do cérebro. O campo natural onde a neurociência poderia rapidamente ser absorvida pelo Direito Penal seria o da inimputabilidade, um exemplo foi o uso da neuroimagem em defesa da insanidade do sujeito que tentou matar o Presidente Ronald Regan, em 1981, quando o tribunal admitiu uma tomografia computadorizada para mostrar que o cérebro dele havia atrofiado, numa evidente doença cerebral orgânica. Haveria outras formas pela qual a neurociência poderia auxiliar o sistema penal, como na tomada de decisões, na determinação de mentiras, na higidez

do estado mental, na ativação da memória, na atuação do cérebro adolescente e no funcionamento básico do cérebro, etc. (BRITO, 2014, p.119).

Um sistema de justiça criminal desumano teria a lógica de controle do crime puramente consequencialista, por exemplo: leis que autorizariam a prisão perpétua para reincidentes, que reduziriam a idade em que os infratores poderiam ser julgados como adultos, que exigiriam o registro de criminosos sexuais, que aumentariam drasticamente a sentença em virtude da história passada, etc. Se a retribuição e controle da criminalidade não são opções viáveis, a justiça terapêutica também padece de ética e, gradualmente, perde de vista a preocupação com o criminoso como indivíduo, a natureza social do crime e a responsabilidade coletiva pelas condições que fazem surgir o delito, pois pelo Direito Penal afirmamos nosso estado social: se de segregação ou união. O Direito Penal no Estado Social de Direito é instrumento de controle social formalizado, que pretende evitar a realização de comportamentos desviados ou não desejados e quanto à execução da pena, a consequência esperada é tentar evitar comportamentos criminosos futuros (prevenção) de duas formas: i) pela segregação (ceticismo na recuperação e desistência do cidadão) ou; ii) pela inclusão (investimento na recuperação do condenado), com o objetivo de executar a pena de forma eficaz (finalidade preventivo-especial positiva) e garantir que essa execução se paute pelo devido processo legal e respeito à dignidade humana (BRITO, 2014, p.136).

A dogmática do delito nos moldes continentais é categorizada e pressupõe a sistematização de posturas normativas que serão adotadas pelos observadores no momento do julgamento do ato delituoso. Dessa forma, por mais que sejam acrescentados dados da neurociência jamais se poderá dispensar o normativismo, que tem a tarefa de demonstrar se as categorias do delito foram preenchidas e se aplicação da sanção penal é necessária ao caso concreto (BRITO, 2014, p.139).

Pericialmente demonstrado que o sujeito é potencialmente perigoso e tendente à prática delitiva, cairia por terra a presunção de inocência e o princípio "*in dúbio pro reo*", bem como não haveria como submetê-lo à análise de um terceiro julgador imparcial, pois todos os envolvidos no processo penal teriam condicionamentos prévios que determinariam a tomada de decisão e deveriam submeter-se previamente a exames neurológicos para fins de comprovação de suas condicionantes. No pressuposto de que o homem não seria livre, o Direito Penal deixaria de existir, bem como a reação diante da reprovabilidade do agente e as garantias processuais (GUARAGNI e GUIMARÃES, 2014, p.192-194).

A neurociência pode interferir no Direito Penal e nas consequências jurídico-penais

em relação à diferença de tratamento dado ao autor do delito, caso sua motivação tenha se originado em causa físico-psíquica ou por perversão, esta última associada aos fatos mais violentos (estupros, homicídios, pedofilia, latrocínios, etc.), deslocando a atenção do fato para o sujeito. Essa diferenciação já aparece na linguagem e na fala que julga o fato, podendo mesmo influenciar a decisão judicial, comprometendo a narrativa e humanidade. A justiça atribui consequências jurídico-penais baseadas na culpabilidade, mas passaria a fundamentá-la na responsabilidade e periculosidade e o olhar se concentraria no autor do delito e não no fato, transformando-se em um Direito Penal do autor e não do fato, restando a preocupação com a volta aos postulados de Lombroso e Ferri, como agrimensores de seres humanos. Diante de dois casos em que o primeiro seria de perversão (pedofilia), cuja causa concreta seria um tumor cerebral e passível de cura e o segundo, um fato único, isolado (assassinato), para o qual não haveria uma explicação concreta, um sistema penal baseado na neurociência dispensaria tratamentos bem diversos para eles, pois no primeiro, com explicação concreta, a conduta estaria justificada e o sujeito liberado da intervenção jurídico-penal, pois a medicina cuidaria da doença e extirparia o mal, porém o segundo por tratar-se de uma conduta episódica e inexplicável, as instâncias jurídicas e médicas diante da incapacidade de explicação neurológica ou biológica, a rotulariam de perigosa e cruel. Frente a esses dois casos a neurociência representaria uma linha libertadora para o primeiro caso (pedofilia), cujo olhar seria amenizado pelo fato de que haveria uma razoável explicação neurofísica e biológica (tumor) e que por não estar no domínio do sujeito, libera-se sua responsabilidade, sendo desnecessária a pena, por ser ele inimputável. No segundo caso (assassinato), sem explicação, sofreria toda a carga do poder punitivo: pena ou medida de segurança, sendo esta última espécie de fusão entre tratamento psiquiátrico (interminável e ineficiente) e prisão privativa de liberdade que, efetivamente não tem diferença de uma prisão perpétua, pois embora disposta como medida terapêutica seria cumprida em estabelecimento prisional, apenas com outro nome. Para a neurociência, no primeiro caso o sujeito seria um doente e não cruel, todavia no segundo caso, como a maldade seria inexplicável, seria entendido como algo que nasceria com determinadas pessoas, como os criminosos "natos" de Lombroso. Dessa forma, a neurociência poderia levar a uma eterna intervenção no sistema penal que, num discurso de poder, cuidaria dos *loucos de todo gênero* (PLACHA SÁ, 2014, p.218).

O Direito e a medicina se apoderam dos sujeitos que cometem crime sem explicação neurológica ou biológica, para lhes impor o que julgam ser adequado. Nesse cenário surgiram os manicômios, hoje complexos médicos-penais, que utilizam o discurso seletivo e

incapacitante, disseminando técnicas terapêuticas, como lobotomia, eletrochoques, medicalização, etc. Os manicômios (re) suscitam a histórica vinculação entre direito e medicina, com ideia de psiquiatrização, que fazem emergir a violência e a violação de direitos e onde o juiz delega seu poder de decidir para outros saberes, cuja linguagem costuma ser um mero jogo de palavras para descrever pessoas e situações distintas. O ato violento inexplicável dos *loucos de todo gênero* provoca duas mortes: i) da vítima, cuja retribuição é voltada apenas ao autor do delito, não sendo ele único responsável; ii) do próprio autor do ato violento, que tem sua morte social, jurídica e real. A morte tem sido banalizada e traduzida em números estatísticos para a defesa de discursos que pregam pena de morte, prisão perpétua, fazendo ressurgir, no Brasil, ideias como a internação compulsória de pessoas envolvidas com o abuso de drogas. Abolir manicômios não basta, tem que oferecer condições para uma terapêutica psicossocial ou uma clínica para os autores de injustos penais *loucos* e para casos de abuso de drogas e de álcool, para propiciar a recidiva do comportamento (PLACHA SÁ, 2014, p.224).

Há ampla tentativa entre os doutrinadores de suprimir as criticas ao finalismo e não negar a liberdade humana, mas conceituando-a sob pontos de vista diferentes. Luzión Peña defende a liberdade de decisão como capacidade racional de motivação e autocontrole adquirida progressivamente por um processo crescente de maturidade e educação; Para Jorge Figueiredo Dias a liberdade seria ato singular, centrado na personalidade do homem que atuaria de acordo com a interlocução dos planos antropológicos (orgânico) e ontológico (ser), desvinculada de livre-arbítrio ou indeterminismo (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p.247).

Para Eaglaman, o juízo de reprovação não seria legítimo, pois as pessoas têm pontos de partida distintos, pois seus cérebros são diferentes e um não poderia se colocar no lugar do outro, assim não se poderia presumir que todos chegam ao mundo igualmente equipados em termos de impulso e comportamento, bem como não se deveria atribuir a culpabilidade a pessoas por seu comportamento variado, quando seria difícil argumentar que não haveria escolha (EAGLAMAN, 2012, p.170).

Quem somos correria bem abaixo da superfície de nosso acesso consciente, no encontro do espermatozoide com o óvulo e quem poderemos ser começaria com nossas plantas moleculares, bem antes que possamos ter algo a ver com isso, frutos de uma historia microscópica e inacessível. Não se escolhe a natureza e criação, então não seria uma questão de livre-arbítrio dos cidadãos, são as mãos de carta com que se tem que lidar, assim o conceito de responsabilidade pessoal também passaria a ser questionável, pois o livre-arbítrio não seria tão simples como intuímos e a discussão em torno de sua existência, indica que não se poderia

usá-lo como base para decisões punitivas, mas esse fundamento poderia ser refinado, bem como as oportunidades de reabilitação, sem abandonar o sistema criminal baseado em provas. Compreender melhor o problema não significaria isentar os criminosos de culpa, com base em explicações biológicas (EAGLAMAN, 2012, p.171).

O réu não deveria ser considerado culpado se fosse constatado um problema cerebral mensurável que lhe garantisse leniência, pois essas pessoas sofreram danos cerebrais nas mãos do destino e não escolheram sua situação real. A maioria dos criminosos comuns são considerados culpados por serem considerados possuidores de livre-arbítrio, quando não se dispõe de tecnologia para detectar um problema biológico evidente. Nessa linha tênue encontram-se os viciados em drogas em geral, que são considerados responsáveis por tomar a primeira, embora se tenha uma noção de que o vício seria um problema biológico do sistema de recompensa e que as drogas alterariam o circuito do cérebro. A imputabilidade é a questão, mas a tecnologia irá melhorar a medição dos problemas do cérebro e os casos fronteiriços migrarão para a inimputabilidade, dessa forma não sentido que a culpabilidade seja determinada pelos limites da tecnologia atual, vez que a biologia e a tomada de decisão de uma pessoa são inseparáveis (EAGLMAN, 2012, p.172).

Na visão de um sistema de justiça prospectivo, como alternativa ao sistema jurídico atual, onde a penalidade seria baseada na culpa pessoal e na vontade, os criminosos sempre deveriam ser tratados como incapazes de ter agido de outra maneira, pois a atividade criminosa em si deveria ser tomada como prova de anormalidade cerebral, pois a questão não seria saber se ele é culpável ou não, mas o que fazer com ele dali em diante, vez que quem infringe os contratos sociais precisariam ser isolados, não pelo fato passado, como vingança, mas pelo risco de futura reincidência. Dessa forma, a base para as sentenças seria racional e não intuitiva, fundada em prova e dados estatísticos da biologia, para justificar porque algumas pessoas, pela alta probabilidade de reincidência, precisariam ser retiradas das ruas por um tempo maior. Os cientistas jamais poderão prever com alto grau de certeza quem reincidirá, pois dependem de vários fatores, circunstância e oportunidade, mas a neurociência faria melhores conjecturas que um sistema judiciário que se utiliza de diretrizes obtusas, embora já traga algum raciocínio prospectivo nas sentenças quando atenua a punição de quem comete um crime passional, por ter menor probabilidade de reincidência que quem comete um homicídio premeditado (EAGLAMAN, 2012, p.189).

O comportamento humano sempre continuará imprevisível e esta complexidade irredutível tem sua consequência, pois quando um cérebro é levado ao tribunal o juiz não pode

se importar com a história do cérebro, pois seria infrutífero o juiz tentar desvendá-lo para determinar a imputabilidade. O sistema judiciário precisaria se tornar prospectivo, mais compatível com o cérebro, oportunizando alternativa em relação às prisões que são efetivas instituições de saúde mental, solução universal para todos. A ideia seria de uma justiça prospectiva que explora a biologia como fator de uma reabilitação, cujo desafio tem sido como fazê-la, vez que ainda vive na consciência coletiva o medo de métodos e técnicas como lobotomia frontal (substituída por drogas psicoativas), ocasionando grandes mudanças de personalidade e possível retardo mental, retirando das pessoas seus direitos neurais básicos; castração química em criminosos sexuais. Um dos maiores problemas da moderna neurociência diz respeito à questão ética, no quanto o Estado deve ser capaz de modificar seus cidadãos (EAGLAMAN, 2012, p.193-195).

O treinamento pré-frontal, em estágio inicial, modelo bem fundamentado na biologia e na ética, interferiria o mínimo no comportamento da pessoa para adequá-la às necessidades da sociedade. O fraco controle dos impulsos seria uma característica marcante da maioria dos criminosos no sistema carcerário, cujos circuitos do lobo frontal (considerações de longo prazo) não conseguiriam sucumbir à tentação presente. A estratégia de reabilitação consistiria em dar aos lobos frontais a prática na repressão dos circuitos de curto prazo. Stephen La Conte e Pearl Chiu começaram a influenciar o *feedback* em tempo real, por meio de imagens do cérebro, da seguinte forma: voluntários olham fotos de objetos de desejo durante uma varredura do cérebro e os pesquisadores localizam as regiões do cérebro envolvidas no desejo e as representam como barras, que vão atuar como termômetro. A barra sobe quando o desejo está em plena atividade e desce, quando há repressão do desejo. O treinamento para fortalecer os lobos pré-frontais consistiria no exercício de descer a barra, recrutando o circuito frontal, responsável pela tomada de decisão de longo prazo, oportunizando a ação do sistema reflexivo, recompensa de longo prazo. Nesse treinamento a pessoa poderia ajudar a si própria, sem a interferência do governo e deixaria o cérebro intacto: sem drogas, nem cirurgia, apenas promovendo mecanismos naturais da plasticidade cerebral. O cérebro de um adolescente e de um adulto é diferente nos lobos frontais, pois o córtex pré-frontal humano só alcança o pleno desenvolvimento por volta dos vinte anos e isto explica o comportamento impulsivo dos adolescentes. Esses lobos frontais são chamados de órgão da socialização e tornar-se socializado é desenvolver circuitos para reprimir os impulsos mais básicos, de maneira que danos aos lobos frontais revelam comportamento antissocial, pois os sistemas zumbis ficam sob a superfície, à espreita, mascarados por um lobo frontal de funcionamento normal. Esse

treinamento dotaria o córtex pré-frontal de algum controle sobre os atos, usando a mesma sistemática de quem pensa em cometer um ato criminoso, mas não o coloca em prática. Um sistema de justiça que respeita o direito e a liberdade de pensamento dos indivíduos não teria como objetivo os restringir. A política social baseada no cérebro pode parecer, hoje, absurda e distante, mas poderá não sê-lo por muito tempo (EAGLMAN, 2012, p.196).

No futuro, as decisões acerca das punições poderão se basear na neuroplasticidade, (capacidade de modificabilidade dos circuitos), porém algumas pessoas têm cérebros que reagiriam melhor ao condicionamento clássico (castigo e recompensa), enquanto outras são refratárias à mudança, devido à psicose, sociopatia, mau desenvolvimento frontal ou outros problemas. A punição seria adequada quando houvesse esperança de usar o condicionamento clássico para efetuar uma mudança no comportamento, permitindo a reintegração social do criminoso, caso contrário ele deveria ser isolado. O grau do castigo variaria de acordo com a capacidade de modificabilidade do agente, para os que são modificáveis como um adolescente (mais desenvolvimento frontal) uma punição mais severa seria adequada, mas para alguém com danos no lobo frontal, mentalmente retardados ou esquizofrênicos que nunca desenvolverão a capacidade de socialização deveria ocorrer a incapacitação pelo Estado, em uma instituição diferente, pois a ação punitiva com finalidade de vingança pelo fato passado, não faria sentido para a sociedade (EAGLAMAN, 2012, p. 203).

A neurociência está começando a adentrar domínios da filosofia e psicologia acerca da liberdade de vontade no processo de tomada de decisão humana e, no futuro haverá teoria jurídica e jurisprudência de fundamentação biológica A imputabilidade é um conceito retrógrado que exige a tarefa impossível de desembaraçar a complexa teia genética e do ambiente que constrói a trajetória de uma vida humana, pois as pessoas teriam pouca capacidade de decisão ou de explicar suas ações, motivações e crenças, vez que o leme seria conduzido pelo cérebro inconsciente, modelado por inúmeras gerações de seleção evolutiva e uma vida inteira de experiência, assim a imputabilidade deveria ser substituído por modificabilidade. (EAGLAMAN, 2012, p. 203 a 206).

Determinismo e livre-arbítrio são incompatíveis, mas tais definições podem ser trabalhadas para se tornarem compatíveis, pois a tese do determinimismo afirma que todas as ações são precedidas por condições causais suficientes que as determinam e a tese do livre-arbítrio estabelece que algumas ações não são precedidas por condições causais suficientes. Assim definido, o livre-arbítrio seria a negação do determinismo (SEARLE, 2007, p. 23).

Segundo Bruno Espiñera Lemos, Jakobs, baseado na teoria dos sistemas de

Luhman, não aceitaria a interseção empírico-materialista dos neurocientistas a influenciar prescritivamente o sistema do Direito Penal, pois tais sistemas seriam conflitivos: o Direito definiria normativamente as pessoas e a neurociência as definiria enquanto indivíduos determinados. A sobrevivência da sociedade depende do dever de conhecimento de todos para cumprir as normas, o que é diferente de vontade de cumpri-las. As expectativas da sociedade e o dever de conhecimento inviabilizariam o diálogo entre os referidos sistemas. As normas penais são concretas e, desde que haja discernimento, exigem aceitação, excetuando-se somente casos de patologias mentais, onde o direito faria uso da ciência. A culpabilidade jurídico-penal, como fundamento da medição da pena, não seria baseada no livre-arbítrio ontológico, mas sim em uma orientação consequencialista que parte da sociedade e necessária para estabilização de sua estrutura normativa. A não disposição de cumprir a norma seria um defeito da vontade que corresponderia à culpabilidade-penal (LEMOS, 2013, p. 76).

Ainda que a liberdade de ação em termos jurídicos penais seja uma convenção, sua compreensão seria de caráter filosófico-linguístico sem a pretensão de verdade das ciências naturais. A presunção de uma liberdade plena acarretaria apenas a responsabilidade plena, cujos limites de intervenção seriam fixados pelo próprio Direito, porém a presunção do determinismo puro acarretaria a ideia de inevitabilidade e a necessidade inexorável de intervenção em determinados casos, que não admitiria refutação e com resultados funestos, demonstrados pela história no plano social, político e criminal. Revive-se o sistema de medidas de segurança pela necessidade social e a exclusão da pessoa em função do seu perfil e não dos seus atos, pois o foco exclusivo passaria à prevenção, baseada em critérios clínicos, podendo resultar em esterilizações, castrações, tratamentos médicos debilitantes, intervenções cirúrgicas no cérebro, lobotomias, etc., conduzindo a um amplo controle social e às restrições das liberdades individuais. O problema da culpabilidade somente poderá ser resolvido normativamente, não na dimensão de norma posta de Jakobs, mas derivadas de práticas comunicativas. Os condicionamentos neurológicos fenomênicos não teriam implicação jurídica e a afirmação da liberdade de ação como eixo lógico-jurídico não tem origem em uma concepção de livre-arbítrio, mas de uma linguagem lógica, discursiva e contextualizada. A postura da Neurociência a respeito da teoria do conhecimento seria ancorada em *erro categorial*, que faria supor uma pretensa hegemonia de sua conceituação sobre a liberdade humana, bem como representaria um problema de base conceitual, pois não se levaria em conta a distinção entre questões empíricas e questões conceituais (BUSATO, 2014, p.66-69).

Os estudos da neurociência poderiam ser muito úteis na busca de fundamentos para

a imposição da pena a um indivíduo concreto e para estabelecer critérios para considerar alguém culpável ou não, mas a culpabilidade prescinde de investigação sobre a existência ou não do livre arbítrio, pois é problemática normativa. O homem no contexto determinista seria um mero instrumento para obtenção de fins sociais, onde em nome da prevenção pura e simples, baseada ou não na neurociência, seriam admitidas medidas desproporcionais e violadoras da dignidade da pessoa humana, sem limites ou garantias ao indivíduo em face da intervenção punitiva. Contrário da imposição da pena com função necessária, mas controlada e limitada pelos princípios penais fundamentais, que busca maior eficácia preventiva com o mínimo de sacrifício individual. A função da culpabilidade não é a de evitar a prática de novos delitos, mas definir segundo princípios constitucionais que regem um Estado Democrático de Direito os pressupostos formais e materiais da imputação do crime a um determinado indivíduo responsável pela prática de uma infração penal. O homem se vê como livre, autônomo e racional, então a ordem jurídica deve reconhecer em maior ou menor grau a liberdade como direito fundamental, decorrente da dignidade humana. O livre-arbítrio como conceito filosófico não se confunde com o conceito normativo da ciência jurídica que, não sendo ciência natural, se orienta segundo manifestações da vida social num processo construtivo que parte da linguagem e do discurso, onde a liberdade é o princípio fundamental e a opção pelo indeterminismo parece inevitável (MELLO, 2014, p.95).

Os neurocientistas trilham dois caminhos: i) a identificação de déficits de atividade cerebral e correspondentes raciocínios, cujos progressos serão bem recebidos no mundo jurídico para melhor precisar a imputabilidade ou inimputabilidade do sujeito; ii) negação do livre-arbítrio, que não merece prosperar no mundo jurídico. Existe um estado mental que embora produzido por relações neurais, possui característica individual. O Direito Penal é uma disciplina essencialmente normativa e que envolve outros fatores totalmente alheios ao que uma pessoa pode ou não realizar por impulsos cerebrais, assim jamais poderá prescindir da ideia de liberdade de vontade e de sua relação com a pena, bem como não poderá superar o conflito ético de impor a alguém alteração de seu estado mental em desacordo com sua vontade. Os conceitos de livre-arbítrio e determinismo sofrem construções teóricas e a depender dessa construção eles poderão ser alterados, de maneira que outras concepções possam ser utilizadas, surgindo uma ideia de livre-arbítrio como um fenômeno científico respeitável e natural, partindo da condição humana comum, onde uma ação livremente querida seria aquela feita usando o tipo certo de psicologia racional, livre de ilusão ou coação, mas que poderá ser prejudicada por vários tipos de déficit psicológico, como doença mental, condição de

adolescência, etc. (BRITO, 2014, p.139-140).

Descobrir estrutura cerebral que seria responsável pelo comportamento do criminoso não tem muita utilidade para o Direito Penal, pois o comportamento criminoso é definido socialmente, mas função do cérebro muda ao longo do tempo, haja vista que os resultados de um teste realizado hoje não irá nos dizer algo sobre o funcionamento do cérebro no momento da conduta criminosa. Descobrir que o cérebro apresenta influência para o comportamento criminoso não significa que essas características podem explicar por que certas pessoas cometeram atos criminosos e a responsabilidade criminal sobre um comportamento é uma conclusão jurídica, não uma descoberta científica (BRITO 2014, p.139).

O discurso da neurociência é incompatível com o Direito Penal, pois este não pode renunciar à premissa da liberdade de ação. Está havendo uma interdisciplinaridade desmedida que importa discursos especializados e competentes de avanços científicos que tentam excluir outros discursos, igualmente aptos e valorativos, mas que têm conquistado espaço em uma sociedade que clama por mais segurança e que não hesitaria, inclusive, em abrir mão de direitos há muito assegurados como justificativa para políticas de prevenção como de repressão. O discurso do Direito Penal é filosófico, onde os significados das ações humanas têm como base linguagem intersubjetivamente construídos, que possibilitaria conhecer os significados e intenções, para verificar se uma pessoa agiu ou não livremente, se merecia ou não reprovação por sua conduta. Conhecer o significado do cérebro não responderia sobre os significados linguísticos ou sobre as possibilidades de validade subjetiva dos pensamentos (CARUNCHO e CABRAL, 2014, p.146).

Toda ciência tem liberdade para determinar sua estrutura e a do Direito Penal é rica, bem ordenada e de provada utilidade. Liberdade e imputação (objetiva e subjetiva) são instrumentos formais do sistema penal que não se baseiam em conhecimentos da biologia humana, mas em razões sociais, numa atribuição recíproca de responsabilidade. Todavia, constatar o poder atuar de outro modo seria uma mentira dos penalistas, lacuna por onde neurocientistas querem infiltrar-se na dogmática jurídico-penal da liberdade, mas o Direito Penal pode prescindir dessa mentira por meio da lei, que não ordena uma constatação positiva da liberdade, mas sim uma negativa, pela ausência de perturbações que fundamentariam a inimputabilidade, compatíveis com o conhecimento humano. Nesse ponto, os consolidados conhecimentos empíricos do ser humano poderiam penetrar no sistema jurídico-penal da culpabilidade, por meio das causas de exclusão que decidem quais estados de uma pessoa no processo penal suficientes para eximi-la a responsabilidade (HASSEMER, 2014, p.).

As consequências do compatibilismo humanista no âmbito da culpabilidade penal, no que se refere aos aspectos subjetivos de participação interna, resultariam em: i) ampliação dos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade, a favor do autor da conduta delitiva; ii) alternativas ao castigo tradicional, respeitando sempre os mesmos limites e garantias materiais e processuais de um Estado de Direito; iii) a rejeição do caráter retribucionista da punição, que justificaria a pena nos casos difíceis, numa concepção permeável não funcionalista da ciência penal, em busca de respostas científicas unitárias frente a um mesmo objetivo de conhecimento (CRESPO, 2014, p.42).

Wilzel, Walter, Bogerts e Northoff propõem uma conciliação nos âmbitos da ciência penal (normativo) e da neurociência (descritivo), deixando de considerar o *cérebro isolado* (isolado do meio ambiente) e passar o considerar o *cérebro embutido* (incorporado ao meio ambiente), este último crucial na tomada de decisão, julgamento moral e responsável por relações cérebro-comportamento (biopsicossociais), que permitiria a ligação entre os níveis descritivos e normativos, cujo paradigma metafísico da relação mente-cérebro seria substituída pelo foco *cérebro-ambiente*, Assim, a explicação sobre a causa da violação moral e do crime não seria mais uma mente anormal tomando uma decisão ou julgamento moral aberrante, mas uma relação *cérebro-ambiente* disfuncional (BRITO, 2014, p.123).

Vives Antón, baseado na filosofia da linguagem entende ser impossível analisar e compreender o que se passa na mente, pois seus processos não poderiam ser objeto de observação empírica, pois forma parte de atuação e vivência particular de cada homem e, nessa linha, não se reduziria o conhecimento do mundo a uma única perspectiva geral. O Direito Penal não poderia se fechar para as recentes pesquisas da neurociência, deveria estabelecer um diálogo com ela, a fim de verificar a viabilidade desses influxos na sua dogmática, contudo o mundo é objeto de atribuição de significado por meio da linguagem e a compreensão que os seres humanos têm de si e de sua liberdade não poderia ser aferível empiricamente, mas mediante interpretação e atribuição de sentido às relações estabelecidas socialmente. As pesquisas são recentes e haveria muito para refletir acerca da teoria do delito e de uma possível busca de conteúdo material para a culpabilidade que seja compatível com um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a filosofia da linguagem teria muito a contribuir para auxiliar na interpretação da exteriorização das ações no mundo (CERQUEIRA e ALBAN, 2014, p. 264).

Feijoo Sánchez (2011) entende que as pesquisas da neurociência não afetariam tanto a teoria do injusto penal, pois esta seria fundamentada nos ideais de liberdade e não

importaria como as pessoas decidiram, mas apenas que tenham decidido. Mercedes Pérez Manzano (20111) defende que o resultado das pesquisas da neurociência poderia ajudar a entender e melhorar doenças mentais, distúrbios neurológicos e sexuais, melhorando os tratamentos, pois os atuais existentes tem se revelado insatisfatórios, mas tais tratamentos não poderiam ser usados como critérios de ressocialização, pois a pena e medida de segurança possuiriam bases diferentes. Para Hassemer (2011) não há crise real na dogmática penal, apenas nova reflexão que pode resultar em bom uso para os avanços da ciência médica. Crespo (2011) admite que a crise inicial provocada pelas conclusões da neurociência fez os estudos sobre a liberdade no Direito Penal evoluírem. No sistema indeterminista do Direito Penal, negar que uma conduta seja voluntária seria retrocesso, pois conduz à tese da defesa social e do Direito Penal do autor e não do fato, bem como ao fim da culpabilidade, enquanto exigibilidade de conduta diversa, interferindo nos institutos do dolo e da culpa e na aplicação da pena. A perigosidade não poderia ser o único fundamento e legitimidade para a aplicação da pena, pois o avanço da ciência penal se deve ao método interdisciplinar na análise do fato criminoso, capaz de superar os dilemas apresentados pela neurociência e propiciar uma dogmática penal moderna e garantista. Os estudos da neurociência odem ajudar no âmbito das medidas de segurança, em um melhor tratamento aos doentes mentais (inimputáveis), mas não poderia ser um Direito Penal do autor, mas de proteção das garantias já construídas desde a Escola Clássica (CASTRO e SOUZA, 2014, p.287).

Considerações finais

A discussão acerca do resultado determinista das pesquisas da neurociência sobre a liberdade humana está longe de ser conclusiva e, portanto, de causar alguma modificação nas categorias do delito estruturadas dogmaticamente nos países de origem romano-germânica, pois embora as técnicas de neuroimageamento do cérebro tenham sido muito aprimoradas, ainda se revelam rudimentares para desvendar os processos mentais no cérebro. Todavia, não resta dúvida de que no futuro, com o crescente aprimoramento dessas técnicas de neuroimageamento os resultados serão mais precisos e se mostraria viável que a dogmática jurídico-penal se deixasse permear pela contribuição que a neurociência poderia oferecer para uma melhor compreensão do homem que cometeu o delito e para a aplicação da pena.

A evolução histórica do Direito Penal nos revela que sua dogmática se desenvolveu

de uma fase de vingança até estágios mais aprimorados, recebendo valiosas contribuições de diversas áreas do conhecimento, como filosofia, sociologia, antropologia, psicologia, medicina, dentre outras, numa interdisplinaridade que levou ao seu aprimoramento como ciência normativa e do *dever-ser*.

A Revolução Francesa e o Iluminismo no século XVIII reformaram o sistema penal influenciada pelo contratualismo e o utilitarismo, fez surgir a responsabilidade penal individual, por meio de uma nova política criminal fundada na razão e na humanidade, sob os ideais de liberdade, igualdade, justiça e dignidade humana, a fim de acabar com a crueldade e falta de isenção nos julgamentos criminais. Surgiu, nesse contexto, a escola clássica, como ciência do *dever ser*, importante na construção do sistema romano-germânico, com ideias de livre-arbítrio e humanização, segundo as teorias jusnaturalistas e contratualistas, criando e sistematizando a dogmática da teoria geral do delito, estruturada em categorias, com base na ação causal e naturalística, com ênfase na culpabilidade.

No cenário europeu, século XIX, surge a escola positiva sob influência evolucionista, aplicando às ciências penais o tratamento das ciências empíricas, sistematizando o direito positivo e rejeitando os raciocínios metafísicos ou teleológicos da escola clássica pelo método empírico, com posição de defesa da sociedade e foco no criminoso e não o crime, tinha a responsabilidade social como nova base para a responsabilidade criminal, dispensando conceitos como responsabilidade, livre-arbítrio e inaugurando a ideia de perigosidade social trazida pelo determinismo físico. Dessa forma, a culpabilidade para a escola positiva se resumia em encontrar a perigosidade do agente, justificando a aplicação da pena ou da medida de segurança, sob o fundamento de evitar fato delitivo futuro, voltando-se ao delinquente em particular, para que não mais delinquir, concretizando a defesa social, pois o delito além de violar a ordem jurídica é um dano social e o delinquente um perigo social, onde o caráter preventivo-especial negativo volta-se a eliminar ou neutralizar o delinquente perigoso, sob o argumento científico do momento, com função de intimidação, correção e inocuização.

A palavra medida de segurança é empregada porque o delinquente é visto como um indivíduo perigoso e anormal, merecedor de tratamento de acordo com sua periculosidade e, como a aplicação de castigo não vai lhe surtir efeitos, a pretensão é corrigir, ressocializar ou inocuizar, fundamentando-se apenas em critério preventivo-especial, que poderá violar relevantes princípios e garantias individuais, sobretudo a proporcionalidade entre o delito e a pena, conduzindo a um direito penal do autor.

No final do século XIX, entra em declínio a escola positivista como ciência do *ser*

e surgem orientações filosóficas relativas que incluíram novamente a valoração e as perspectivas materiais ao Direito Penal como ciência do *dever ser*. Nessa visão neokantista as teorias da culpabilidade, como juízo de valoração pessoal ao autor do injusto penal, se desenvolveram no sentido de oferecer mais garantias e limitação ao poder punitivo do Estado, mas seus conceitos, pressupostos e fundamentos acompanham a constante evolução da sociedade. Da inicial teoria da liberdade de vontade, fundamentado no direito natural evoluiu-se para a teoria psicológica da culpabilidade, depois teoria psicológico-normativa da culpabilidade e, atualmente, a teoria normativa pura da culpabilidade, cuja crítica a essa última reside no fato de que no conteúdo material da culpabilidade estaria o elemento *poder atuar conforme o direito*, assentada na ideia livrearbitrista de liberdade humana, quando não seria possível afirmar que, concretamente, o individuo teria essa liberdade de escolha, em função de fatores diversos.

Esse conteúdo material de culpabilidade, como categoria sistemática do delito está em debate doutrinário nos sentidos opostos de inserção de fundamentos preventivos (necessidade da pena) e de inserção de fundamentos garantistas (normativa). Diante desse cenário, surgiram concepções que buscam alternativas à ideia de liberdade para a teoria normativa da culpabilidade, como a teoria funcionalista (moderada e radical) e a teoria da motivabilidade pelas normas, dentre outras. Doutrinadores têm buscado novos fundamentos para a culpabilidade, atribuindo sentido diverso à liberdade, ora numa visão da realidade ontológica como construção cultural, com base nas teorias comunicativas da linguagem; ora radicalizando o critério função da norma, ignorando elementos valorativos do mundo do *ser*.

O neurodeterminismo não é corrente científica unitária e suas conclusões e consequências sobre a responsabilidade dos indivíduos na sociedade não são iguais em todos os casos. Para alguns o "eu" consciente seria ilusão, para outros seria uma instituição social que não corresponderia à realidade cientificamente demonstrável, cujas percepções experimentadas como objetivas seriam o resultado de processos construtivos.

Essa separação entre mente e cérebro mostra-se difícil de ser superada e há quem defenda que essa concepção materialista da neurociência de que a mente estaria situada no cérebro seria *falácia mereológica*, que consiste no erro dos neurocientistas de atribuir às partes constituintes de um animal atributos só aplicáveis ao animal como um todo, pois o cérebro não seria um sujeito com predicados psicológicos e a mente compreenderia sensações, percepções, cognição e volição e não "algo" que teria que se situar no cérebro.

Também há o entendimento de que a compreensão da questão da liberdade humana

não seria uma questão empírica, suscetível de confirmação ou negação pela experiência, mas de uma questão conceitual, no qual o significado e o sentido são obtidos por meio dos jogos de linguagem. Opinião contrária entende ser subterfúgio filosófico considerar que as perguntas conceituais não podem ser transpostas para a investigação e experimentação científica, pois esta pode contribuir, mediante reflexão filosófica ulterior.

Outros ainda entendem que as hipóteses fundamentais da biologia humana e do Direito Penal são tão diferentes que seria impossível integrá-las e que toda ciência é livre na determinação de seus objetos, métodos e instrumentos, assim tal interferência trata-se de *erro categorial*, que seria vulnerar um princípio do conhecimento, na suposição de que as ciências de método empírico podem julgar cientificamente se outras ciências estão autorizadas a desenvolver um conceito de liberdade ou não, ou se ela existiria ou não, mas não existe um conceito geral de liberdade que esteja acima de todas as ciências e, caso existisse, não haveria uma preferência em favor das ciências empíricas.

Ainda que ilusória, a sensação de liberdade integra a essência e a realidade do homem e seria de onde se extrai a base para que a norma penal considere o homem como ser livre, pois um Direito Penal sem liberdade humana equivaleria a um Direito Penal sem culpabilidade, abrindo espaço para um Direito Penal das medidas de segurança, que poderá significar um retrocesso na evolução filosófica social da modernidade, fazendo ressurgir um novo darwinismo social, bem como a ressurreição de Lombroso. Dessa forma, as contribuições da neurociência possuiriam limitações e o campo natural onde a neurociência poderia rapidamente ser absorvida pelo Direito Penal seria o da inimputabilidade, proporcionando melhor compreensão biológica acerca dos comportamentos humanos, para uma mais precisa aplicação da punição estatal

Todavia, nem a concepção librearbitrista pura, nem o determinismo puro oferecem uma solução para o problema da culpabilidade penal e propostas de conciliação entre a ciência penal (normativo) e a neurociência (descritivo) sugerem deixar de considerar o *cérebro isolado* (isolado do meio ambiente) e passar o considerar o *cérebro embutido* (incorporado ao meio ambiente), este último crucial na tomada de decisão, julgamento moral e responsável por relações *cérebro-comportamento* (biopsicossociais), que seria o elo entre os níveis descritivos e normativos, onde paradigma metafísico da relação *mente-cérebro* seria substituído pelo foco *cérebro-ambiente,* cuja explicação para a causa da violação moral e do crime não seria mais uma mente anormal tomando uma decisão ou julgamento moral aberrante, mas uma relação *cérebro-ambiente* disfuncional.

Segundo o neurocientista David Eaglaman, para o futuro, uma política social baseada no cérebro que hoje parece irreal, poderá adotar um modelo bem fundamentado na biologia e na ética, onde a pessoa poderia ajudar a si própria, sem a interferência do governo e deixaria o cérebro intacto: sem drogas, nem cirurgia, apenas promovendo mecanismos naturais da plasticidade cerebral, Trata-se do treinamento pré-frontal, uma estratégia de modificabilidade e reabilitação que dá aos lobos frontais a prática na repressão dos circuitos de curto prazo, dotando o córtex pré-frontal de algum controle sobre os atos, usando a mesma sistemática de quem pensa em cometer um ato criminoso, mas não o coloca em prática.

O Direito Penal como instrumento formal de controle social pretende evitar os comportamentos criminosos e objetiva prevenir eficaz e positivamente comportamentos criminosos futuros pela inclusão do indivíduo, investindo na sua recuperação, observando o devido processo legal e o respeito à dignidade humana, próprios do Estado Democrático de Direito e albergados pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

Assim, a presunção da liberdade humana acarreta a responsabilidade plena, cujos limites de intervenção são limitados pelo próprio Direito, contudo a presunção do determinismo acarreta a ideia de inevitabilidade e da necessidade de intervenção, cujos resultados a história já demonstrou ser violador da dignidade da pessoa humana pela adoção de um sistema de medidas de segurança justificada em nome da defesa social, bem como a exclusão da pessoa pelo seu perfil e não pelos seus atos, pois o foco passaria à prevenção, baseada em critérios clínicos e possíveis esterilizações, castrações, tratamentos médicos debilitantes, intervenções cirúrgicas no cérebro, lobotomias, etc., conduzindo a um amplo controle social e às restrições das liberdades individuais. Dessa forma, o problema da culpabilidade somente poderá ser resolvido normativamente, derivados de práticas comunicativas.

Para concluir, resta dizer que os conceitos de livre-arbítrio e determinismo podem sofrer construções teóricas e a depender dessa construção poderão ser alterados, de maneira que outras concepções possam ser utilizadas, surgindo uma ideia de livre-arbítrio como um fenômeno científico respeitável e natural, partindo da condição humana comum que considere o corpo, a mente e o ambiente.

Referências

ARNAUD, André-Jean e LOPES, Jr. Dalmir. Org. **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3 ed. São Paulo: Edijur, 2015.
BELING, Ernest Von Beling. **A Ação punível e a Pena**. São Paulo: Rideel, 2007.
BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. **Parte Geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
BRASIL. **Código Penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
BRITO, Alexis Couto. **Neurociência e livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal,** org. Paulo César Busato. Neurociência e Direito Penal. São Paulo, Atlas, 2014.
BUSATO, César Paulo. **Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal.** org. Paulo César Busato. Neurociência e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2014.
CARUNCHO, Choi Alexey, CABRAL, Leite Ferreira Rodrigo. **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem.** *in* Busato, Paulo César, organizador. Neurociência e Direito Penal. São Paulo, Atlas, 2014.
CASTRO, Wanderley José Roberto, SOUZA, Antônio C. Alves Fernando. **O retorno do discurso determinista no Direito Penal: uma introdução ao debate entre neurociência e dogmática penal**. org. Paulo César Busato. Neurociência e Direito Penal. São Paulo, Atlas, 2014.
CERQUEIRA, Marina e ALBAN, Rafaela. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. org. Paulo César Busato, org. Neurociência e Direito Penal**.** São Paulo, Atlas, 2014.
CONDE, Muñoz Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Espanha: Fundacion Universitaria de Jerez, 1985.
CRESPO, Demétrio**. "Compatibilismo humanista": uma proposta de conciliação entre Neurociência e Direito Penal.** org. Busato, Paulo César Busato. Neurociência e Direito Penal. São Paulo, Atlas, 2014.
EAGLEMAN, David. **INCÓGNITO. As vidas secretas do cérebro**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
FERRAZ, Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.
FERRI, Enrico. **Delinquente e Responsabilidade Penal**. São Paulo: Rideel, 2006.
GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006
GRISSAULT, Katy. **50 autores-chave de filosofia... e seus textos incontornáveis**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
GUARAGNI, André Fábio, GUIMARÃES, Chemim Rodrigo Régnier. **Neurociência, livre-arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativa para sustentação da culpabilidade**. Org. Paulo César Busato. Neurociência e Direito Penal. São Paulo, Atlas, 2014.
HASSEMER, Winfried. **Neurociência e Culpabilidade em Direito Penal**. *in* Busato, Paulo César, organizador. Neurociência e Direito Penal. São Paulo, Atlas, 2014.
HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fonte, 1997, (Clássicos).
JESUS, Damásio E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.
KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito.** São Paulo: Ícone, 2013, (Coleção Fundamentos do Direito).
LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fonte, 1993.
LEMOS, Espiñera Bruno. **Direito penal e neurociência na perspectiva sistêmica de**

Jakobs. Brasília: Revista Jurídica – revista da OAB - Seccional Brasília, dezembro 2013
LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente** (Coleção Fundamentos do Direito). São Paulo: Ícone, 2007.
MELLO, Albuquerque de Borges Sebástian. **Culpabilidade e neurociências. Entre problemas reais e imaginários,** org. Paulo César. Neurociência e Direito Penal. São Paulo, Atlas, 2014.
NOGUEIRA, André. **Teorias da Culpabilidade**. Em http://profandrenogueira.blogspot.com.br/2011/02/teorias-da-culpabilidade.html, acesso em 19/05/2016.
PAÑARANDA Ramos, Enrique. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs.** Enrique Panãranda Ramos, Carlos Suáres González, Manoel Cancio Melliá; trad. org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli.2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
SÁ, Placha Priscilla. **Narrativas e discursos sobre a loucura.** org. Paulo César Busato. **Neurociência e Direito Penal.** São Paulo, Atlas, 2014.
SILVA, Lins Evandro. **De Beccaria a Felippo Gramatica**. Em http://www.olibat.com.br. Acesso em 10/04/2016.
WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 2 ed. Campinas-SP: Romana, 2004
WLZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**. 4 ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB

CURSO DE DIREITO

MOISÉS ESMERALDO NOGUEIRA

RELAÇÕES DE CONSUMO E OS DIREITOS DA CRIANÇA

BRASÍLIA, DF

2016/1

MOISÉS ESMERALDO NOGUEIRA

RELAÇÕES DE CONSUMO E OS DIREITOS DA CRIANÇA

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, Centro Universitário IESB.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Morais Godoy

BRASÍLIA, DF

2016/1

MOISÉS ESMERALDO NOGUEIRA

RELAÇÕES DE CONSUMO E OS DIREITOS DA CRIANÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____

_____

Orientador: Prof. Arnaldo Sampaio de Morais Godoy

Centro Universitário IESB

_____

Prof. Any Ávila Assunção

Centro Universitário IESB

_____

Prof. Bruna Corte Real

Centro Universitário IESB

Dedico este trabalho à minha família, pelo apoio incondicional em minha vida acadêmica e a todos os meus amigos que fizeram parte, de alguma forma, desta minha mais nova conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me dar a força necessária para concluir com sucesso esse curso. Foram inúmeras as vezes nas quais pensei em desistir e Ele, no seu mais infinito amor, me edificou e me fez perseverar.

Agradeço aos meus pais Antônio Augusto Nogueira e Terezinha Esmeraldo Nogueira, pela determinação e luta na minha formação e dos meus irmãos. Agradeço aos meus irmãos Manuela Esmeraldo Nogueira, Marcelo Esmeraldo Nogueira e Maria do Socorro Esmeraldo Nogueira que por mais difíceis que fossem as circunstâncias, sempre tiveram paciência e confiança - **A verdadeira felicidade está na própria casa, entre as alegrias da família**.

É difícil agradecer todas as pessoas que de algum modo, nos momentos serenos e ou apreensivos, fizeram ou fazem parte da minha vida, por isso agradeço a todos de coração e a "você de modo especial" – amigo é mais que família, é uma empatia consentida, uma cumplicidade além dos laços sanguíneos. É uma escolha feliz de alguém que pusemos ao nosso lado para trilharmos a vida!

Ao meu orientador, Arnaldo Sampaio de Morais Godoy, que acreditou em mim, ouvindo as minhas considerações partilhando comigo seus conhecimentos e experiências que sempre me motivaram.

Agradeço também a turma que me acolheu quando regressei ao curso de Direito em especial a Amanda, Keudson, Mariana, Victorio, Milena, Márcia, Carol, Glauver, Ana Claudia, Aline, Héldio e a galera do fundão, da qual tive orgulho de fazer parte. Agradeço a todos pela amizade, paciência, ternura e convivência destes anos, que serão inesquecíveis. Peço a Deus que os abençoe, preenchendo seus caminhos com muita prosperidade, paz, saúde e amor e que a

nossa amizade possa continuar após o termino da faculdade.

E por fim, gostaria de agradecer a todos os professores e funcionários do IESB, que de alguma maneira contribuíram na minha formação acadêmica e pessoal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	Associação Brasileira de Anunciantes
ABIA	Associação Brasileira de Indústria de Alimentos
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APP	Associação dos Profissionais de Propaganda
CBARP	Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CONANDA	*Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBGE	*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*
ONU	Organização das Nações Unidas

RESUMO

As crianças são influencias diretamente na tomada de decisões das compras da família, ou seja, são extremamente importantes no mercado publicitário. Ocasionalmente as investidas publicitárias se tornam abusivas, tendo em vista a condição de vulnerabilidade e hipossuficiência das crianças que necessitam de proteção especial por parte do legislador e dos órgãos responsáveis pela publicidade no Brasil. O presente trabalho tem como propósito: o estudo da publicidade infantil no Brasil por meio de uma análise pedagógica de como as crianças entendem a publicidade; estudar as principais consequências das mensagens comerciais dirigidas às crianças; fazer uma análise jurídica sobre a publicidade dirigida as crianças e uma breve análise sobre a constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda).

Palavras-chave: *Publicidade infantil. Legislação. Cultura do consumo. Constitucionalidade*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 6
2 COMO A CULTURA DO CONSUMO É PERCEBIDA PELOS DESTINATÁRIOS DA PROPAGANDA 9
3 PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DAS MENSAGENS COMERCIAIS DIRIGIDAS ÀS CRIANÇAS 14
3.1 MUDANÇAS NO COMPORTAMENTO 15
3.2 TRANSTORNOS ALIMENTARES 16
3.3 EROTIZAÇÃO PRECOCE 16
3.4 ESTRESSE FAMILIAR 17
3.5 VIOLÊNCIA E DELINQUÊNCIA 18
3.6 ALCOOLISMO 18
3.7 PUBLICIDADE IDEAL DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL 19
4 ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A PUBLICIDADE DIRIGIDA ÀS CRIANÇAS 21
4.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL 21
4.2 CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS 22
4.3 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 24
4.4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 27
4.5 CÓDIGO DE ÉTICA DOS PROFISSIONAIS DA PROPAGANDA 31
4.6 CÓDIGO DE AUTORREGULAÇÃO PUBLICITÁRIA 31
4.7 RESOLUÇÃO Nº 163, DE 13 DE MARÇO DE 2014 34
5 A CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 163 DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA) .. 39
5.1 REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE VERSUS CENSURA 39
5.2 O LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA E A SUA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL 40
5.3 A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO CONANDA E A CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 163/2014 43
6 CONCLUSÃO 52
REFERÊNCIAS 55

1 Introdução

Atualmente a criança ocupa um lugar de destaque na mídia brasileira. Esse dado é corroborado com as programações infantis que ganharam importância crescente a partir da década de 1980, nos diversos veículos de comunicação, especialmente as emissoras de televisão. No mesmo período explodiu a oferta de comunicação dirigida especialmente a esse público. Com isso, a criança deixou de ser uma questão de interesse privado dos pais, responsáveis e educadores e tornou-se objeto do interesse da propaganda, particularmente da publicidade, e do marketing. *Simultaneamente, na imprensa não especializada, verificou-se a tematização desse processo de valorização da criança enquanto consumidor e da relação criança e mídia.*

O Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2010, apresentou que havia no Brasil 39.025.835 crianças de 0 a 12 anos, o que denota cerca 20,53% da população do país. Dessas 31.778.889 - 81,43% vivem na zona urbana, estando assim mais próximas dos bens de consumo e submetidas a campanhas publicitárias especialmente voltadas a segmentos específicos em diversos tipos de meios (IBGE, 2010).

Entre as décadas de 1970 e 1980 a publicidade brasileira passou a volver campanhas publicitárias ao público infantil. Inicialmente, esse tipo de comunicação era voltado ao público adulto. Desde então, as ações voltadas a esse tipo de comunicação buscam seduzir as crianças e transformá-las em compradoras de bens e serviços. Este fenômeno surge justamente quando a televisão passou a exibir em sua grade programas voltados para o público infantil na forma de shows *como Vila Sésamo, Topo Giggio e, derradeiramente, o Xou da Xuxa e o Clube da Criança.*

O reconhecimento da participação destacada da criança no mercado de consumo brasileiro impulsiona a sua maior visibilidade na mídia. Na nova realidade social que se instituía, a criança encontrava – ou lhe era designado – um lugar na economia. Na lógica do capitalismo tardio, a ela é oferecido seu novo papel: consumidor ativo.

Nessa posição agora de consumidora, a criança sugere, reivindica e consome não necessariamente submetido à orientação de um adulto. Assim, passa a ocupar o principal propósito das estratégias de estímulo ao consumo, entre as quais, a principal é a propaganda. A criança é mais abordada pela publicidade que a caracteriza: 1) a sua condição privilegiada de consumidor contemporâneo, com um poder na decisão sobre as compras de produtos

infantis; 2) de comprador do futuro, a ser prematuramente requerido tendo em vista o processo de fidelização da marca; e 3) o seu poderio na influência da compra dos produtos de consumo da família.

É a partir dessa realidade social atual que são articuladas as análises contidas neste trabalho, ao longo da qual serão edificadas algumas hipóteses na tentativa de assimilar e discutir de que maneira o consumo infantil é instigado pela publicidade dirigida a essa faixa etária .

O estudo ora apresentado está focado em um recorte de investigações e discussões que vêm sendo delineadas no âmbito da Educação e do Direito. O objeto de estudo é a investigação e problematização das possibilidades e os limites dos instrumentos/propagandas publicitárias desdobrarem-se em um fluxo incessante de consumo, perante o público infantil, configurando práticas abusivas e, também, ofensivas aos princípios protetivos voltados ao desenvolvimento da criança e seus atravessamentos e implicações na formação das identidades na infância.

O presente trabalho é tema Constitucional e de proteção à infância. Seu objetivo principal é analisar se os arranjos institucionais – Constituição, leis e regulamentos são suficientes para combater a publicidade abusiva voltada para o público infantil.

No que tange aos objetivos específicos tem-se como propósitos: analisar se houve avanços após o advento da Resolução nº 163, de 13 de março de 2014 editada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) no combate à publicidade abusiva infantil; se a resolução já citada deve ser declarada inconstitucional ou constitucional pelos Tribunais e por fim analisar se há ofensa ao direito de liberdade de expressão com a regulamentação da publicidade infantil.

Essa análise será feita simultaneamente com o ordenamento jurídico brasileiro, que trata dessa relação entre a criança e o consumo, e, isto posto, sobre a publicidade voltada para o público infantil, buscando esclarecer quais regras jurídicas estão envolvidas na temática, em especial a Resolução nº 163, de 13 de março de 2014 editada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), bem como perceber qual a possível diretriz de atuação da sociedade nesse âmbito, visando a redução de danos para os futuros cidadãos.

A partir desses argumentos já mencionados analisa-se, pelo método dialético, o processo de aquisição de conhecimento infantil através da teoria cognitiva de Piaget, dando enfoque ao modo como a publicidade lesiona o pleno desenvolvimento psicopedagógico das crianças e apresentar a sua impraticabilidade como peça educacional para esse público.

O método dialético permite ao investigador social o entendimento do mundo na sua totalidade, por isso que o método se tornou lógico, teoria da ciência e premissa da prática de inovação no século XX (DINIZ, 2008). Segundo Gil (1999, p. 32,), a dialética fornece as bases para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade, já que estabelece que os fatos sociais não podem ser entendidos quando considerados isoladamente, abstraídos de suas influências políticas, econômicas, culturais etc.

Neste trabalho, adotou-se como procedimento para a coleta de dados a pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos e, nesse caso específico o ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema. Para Gil (1999, p. 65), a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente.

Esse trabalho é composto por 4 capítulos dos quais no primeiro apresenta-se uma análise psicopedagógica sobre como as crianças entendem as propagandas abusivas. No segundo, se discute as principais consequências das propagandas dirigidas às crianças e qual a publicidade ideal para esse público. No terceiro capítulo, apresenta-se uma análise jurídica sobre a publicidade infantil. E no quarto e último capítulo, debate-se a constitucionalidade da Resolução nº 163 do CONANDA e a lesão ao direito de liberdade de expressão com a regulamentação da censura.

O tema abordado é de extrema importância para o universo jurídico, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais da criança, como o a dignidade da pessoa humana, dignidade como pessoa em desenvolvimento e direito à saúde e também aos ramos do Direito do Consumidor e Direito da Criança, que são áreas que sofrem constantes evoluções tanto doutrinárias como jurisprudências.

2 Como a cultura do consumo é percebida pelos destinatários da propaganda

Atualmente não tem como discutir sobre a vulnerabilidade das crianças frente à publicidade sem que primeiramente seja analisado o processo de aprendizagem das mesmas. Todo o processo de aprendizagem, seja no seio família, nas relações sociais, nos estabelecimentos de ensino ou por meio da publicidade televisiva, internet e diferentes mídias, deve incluir a realidade cultural, pois é para ela que a criança se constrói como cidadão e é nela que a criança terá de se inserir. Existem três teorias da aprendizagem que recebem maior destaque nesta área, todas possuem aspectos importantes a serem considerados: a comportamentalista, a cognitivista, e a humanista (CORRÊA, 2009).

A teoria comportamentalista, mais conhecida pelo termo Behaviorismo teve como grande precursor John B. Watson, contudo B. F. Skinner foi um dos psicólogos behavioristas que mais pesquisou sobre o tema e teve seus estudos amplamente divulgados, inclusive no Brasil, com grande grau de aplicabilidade na educação. Essa teoria fundamenta-se no argumento de que a aprendizagem é consequência dos estímulos ambientais, tendo o reforço e a repetição como principais fatores (CORRÊA, 2009).

Já a teoria humanística tem-se como principal teórico o psicólogo Carl Rogers que se destacou ao preconizar que a aprendizagem tem sua compreensão em sentido amplo, pois a mesma vai além do processo de ensinar ou compartilhar conhecimento.

*Por último tem-se a teoria cognitivista que tem como um dos mais importantes teóricos Jean Piaget. Segundo os estudos de Corrêa (2009)**,** Piaget entendia que havia dois tipos de aprendizado: assimilação e acomodação. O processo de aprendizado por assimilação dá-se quando a criança incorpora estruturas que já dispõe e que por meio dessas reconhece a comunicação recebida e assim lhe dá significado e o aprendizado por acomodação a criança passa por uma mudança estrutural em suas crenças e atitudes, uma mudança interna quando entra em contato com determinado objeto ou informação e esse processo é pautado nas experiências do indivíduo perante o meio ambiente.*

Para o estudo em questão a teoria da aprendizagem que possui maior visibilidade acadêmica é a teoria cognitivista. O desenvolvimento deste trabalho utilizará os ensinamentos de Jean Piaget para compreender melhor porque é tão frágil a relação criança e publicidade, em especial com as propagandas (CORRÊA, 2009).

Essa teoria esquematizou os estágios de desenvolvimento cognitivo em quatro grandes períodos: estágio sensório-motor, estágio pré-operatório, estágio operatório concreto e estágio do pensamento operatório formal.

No estágio sensório-motor, que vai desde o nascimento até os 2anos, a criança é estimulada pelo tocar e ser tocada, escutar e fazer sons, nesse primeiro estágio a criança percebe o mundo e atua nele, onde coordena as sensações vivenciadas junto com comportamentos motores simples, ou seja, é estimulada pelos seus sentidos sendo os principais vínculos da criança com o mundo são suas ações e movimentos (OLMOS, 2006).

Já no estágio pré-operatório, que vai dos 2 até meados dos 7 anos, a criança desenvolve a capacidade de simbolizar, representar no mundo a imaginação mental através das palavras e imagens (sinais e símbolos) (OLMOS, 2006).

Entre 3 e 4 anos, com o domínio da linguagem que aos poucos acentua-se, a criança ganha capacidade de conseguir manter a atenção e cria interesse pelo lúdico e fantástico (OLMOS, 2006). É justamente nesta fase com a curiosidade ampliada frente ao mundo que ela tenta satisfazer-se através de pequenas experiências tornando-se assim mais vulnerável e suscetível a ser influenciada pelos estímulos simbólicos provocados pela temática proposta pela publicidade e pelo consumo (OLMOS, 2006).

As campanhas publicitárias dirigidas às crianças impedem que as mesmas realizem progressos espetaculares no âmbito de vários saberes, estimulando-as apenas ao consumo desenfreado dos produtos apresentados, prometendo assim uma fruição e um prazer sem fim para a criança além de as artificializarem. Nesse sentido, Meira (2003, p. 77) faz a seguinte observação:

> [...] as crianças, ao brincar, situam-se na dimensão do sonho, do devaneio, como Freud apontava (FREUD, 1973). Hoje, estes sonhos encontram-se marcados pelas imagens e palavras que conformam sua vida na promessa da felicidade em um biscoito, do prestígio em uma Barbie, da feminilidade em salto da Carla Perez, da masculinidade de um Dragon Ball, fazendo com que traços que seriam singularizados pela história familiar e cultural passem a sê-lo pela via das marcas do objeto, artificial e fragmentado.

O excesso de estímulos antecipa traços da vida adulta e alteram por exemplo, o direito de ser criança e de previsto no art.16, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), além de enfraquecer o desenvolvimento cognitivo. É justamente nesta fase que deve ser oferecido à criança a chance de praticar sua capacidade imaginativa e a sua habilidade de interagir com o outro, para que possa se desenvolver através de indagações,

conversas e novas experiências satisfazendo assim a sua curiosidade.

No estágio operatório concreto, que vai dos 7 até os 11 anos, a criança começa a compreender e a efetuar operações complexas - desenvolve noções de tempo, espaço, velocidade, ordem, casualidade – já sendo capaz de relacionar diferentes aspectos e abstrair dados da realidade (OLMOS, 2006). Elas passam a organizar fatos internalizados do mundo real e surge a capacidade de compreender as relações de causa e efeito e de iniciar processos reflexivos.

A visão egocêntrica de realidade é substituída pela necessidade de integrar grupos e de entender o que são as regras e porque cumpri-las (OLMOS, 2006). As primeiras noções de moral surgem nesse estágio e os primeiros modelos de identificação (pais, professores e familiares) são substituídos pelos mitos e ídolos. Desse modo, a televisão e as campanhas publicitárias retomam o seu papel de destaque no processo de cognição da criança (OLMOS, 2006).

Por último, tem-se o estágio do pensamento operatório formal a partir dos 12 anos, no qual a criança alcança seu nível mais elevado de desenvolvimento, passa a utilizar o pensamento hipotético-dedutivo ao invés do pensamento concreto experimentado até então. Agora ela possui capacidade de pensar logicamente, construir reflexões, formular hipóteses e questionamentos, procurar soluções e compreender o problema como algo multifacetado sem depender só da observação da realidade (OLMOS, 2006). Para Vygotsky (1988), o mais importante neste momento é a criação de conceitos ou ainda a maturação da capacidade de formar conceitos.

A literatura especializada passou a conferir destaque ao "poder infantil, qualificando as crianças não só como "independentes", mas como novos "ditadores de hábitos de consumo": "muito mais que frágeis e angelicais, as crianças assumem atualmente um papel de "ditadoras" de consumo dentro dos seus lares e significam um mercado potencial para uma série de produtos e serviços" (SAMPAIO, 2000).

Esse fracionamento ocorrido com diversos grupos, e com a criança, é um traço da sociedade pós-moderna. A infância passou a ser um agrupamento coletivo que integrou a cultura do consumo, que é entendida por Featherstone (1995) como a ênfase no mundo das mercadorias e em seus princípios de estruturação. A mídia garante a manutenção, principalmente da publicidade, o meio de comunicação mais notável de massa da época atual da expansão desta cultura de consumo (BAUDRILLARD, 2007).

Não obstante, conforme disserta Baudrillard (1997), a publicidade extrapolou este simples bom senso: da informação como forma de persuasão e, hoje, à "persuasão clandestina", pois manipula o produto (imagem e mercadoria), que passa a carregar legendas e valores subjetivos e individuais, não inerentes a si mesmo. Este é denominado por ele "mercadoria-signo", um dos postulados mais importantes para a compreensão da cultura de consumo (BAUDRILLARD, 1997, p. 122).

Sobre isto afirma Featherstone (1995, p. 122) "O consumo, portanto, não deve ser compreendido apenas como consumo de valores de uso, de utilidades materiais, mas primordialmente como consumo de signos".

Cuida-se, então, de um processo semiótico no qual a publicidade – com sua linguagem, estilo peculiar e caráter efêmero e cíclico – motiva e retroalimenta a sociedade de necessidades. Neste processo, também está incluída a criança que, devido à sua condição de pessoa em desenvolvimento, torna-se mais vulnerável a ele (FEATHERSTONE, 1995).

Featherstone (1995) entende que a publicidade – coordenada com a mídia – é preponderante no fomento da cultura de consumo, com foco na comunicação de massa dirigida às crianças, favorecendo alguns conceitos que permeiam a problemática, tais como: sociedade, infância, economia, consumo, mídia e ética na comunicação.

Perigosamente o mercado fabrica o devaneio de que com o poder de compra qualquer sentimento de frustração ou medo elaborado pela experiência da não adequação será curado pela compra de um produto. Vale aqui lembrar que a experiência da não adequação é temida pelas crianças, pois lhes é sofrida e devastadora, principalmente quando está encontra-se na fase operatória concreta, conforme supracitado (OLMOS, 2006).

O mercado age justamente nesse interesse das crianças por quererem se inserir e oferece à criança um consolo materialista através de bens e ainda declara o que elas são através dos objetos que as mesmas possuem, os quais terminam adquirindo características humanas (OLMOS, 2006).

Corrêa (2009) reitera que as crianças não são capazes de entender corretamente o intuito de venda dos comerciais ou que não sabe distinguir as frases apresentadas neles como "pilhas não incluídas" ou "cada objeto é vendido em separado".

O primordial não é ter certeza se a criança consegue ou não assimilar as propagandas, mas sim enaltecer que mesmo que ela consiga isso não gera uma "defesa cognitiva" perante os estímulos publicitários, ou seja, a mera exposição da criança a esse tipo de conteúdo

publicitário já afeta o pleno desenvolvimento dos aspectos cognitivo, psíquico e emocional da mesma (CORRÊA, 2009).

*Piaget afirma que se deve estimular a criança para o desenvolvimento da sua própria capacidade de pensar, enquanto o mercado vai na contramão e preconiza a atitude passiva de não pensar, exemplificados por slogans como: "*Stop Thinking: Drink Coca-Cola*" (pare de pensar: beba Coca-Cola) ou ainda "*Nike: Do it*" (Nike: faça!) (OLMOS, 2006).*

O entendimento de Piaget é corroborado pela Constituição Federal (CF), em seu artigo 221, no qual dispõe que entre os princípios regentes dos meios de comunicação se inclui a natureza educacional dos conteúdos, propiciando o referido desenvolvimento saudável da criança (BRASIL, 1988).

Segundo pesquisas as crianças brasileiras ficam em média 4 horas, 50 minutos e 11 segundos assistindo televisão todos os dias, o que colocou o país em primeiro lugar no ranking *mundial (PEREIRA, 2009). É sabido que a TV está presente na maioria dos lares brasileiros, observa-se assim que a propaganda não é mais apenas um canal de transmissão de mensagens e passou a integrar a cultura, tendo agora um caráter sociológico (PEREIRA, 2009).*

Obviamente, que o tema por ser tão complexo e delicado é trabalhado por alguns dispositivos legais como a Constituição Federal Brasileira (CF), Convenção da ONU sobre os direitos das crianças, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Código de Autorregulação Publicitária e a mais recente Resolução nº 163 editada pelo CONANDA. Aspectos como a importância da devida tutela da criança e como ela é percebida pelo ordenamento pátrio serão devidamente abordados.

3 PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DAS MENSAGENS COMERCIAIS DIRIGIDAS ÀS CRIANÇAS

Cada vez mais o mundo atual torna as pessoas consumistas. Há inúmeros lançamentos de produtos para o público infantil, constituindo assim um grande ramo para investimentos. As empresas se utilizam da mídia para propagar o consumismo infantil sem limites e não é apenas ele que prejudica a vida das crianças, mas também as suas consequências como a inveja, o desejo de ter o tênis, a roupa de marca que o outro tem, já que existe uma inversão de valores que ressalta o "ter" ou "parecer" em detrimento do "ser" (LIPOVETSKY, 2007).

As empresas que lidam com as mídias elaboram campanhas para chamar à atenção e fazer com que se compre. Há um nítida inversão de valores que quando ressaltada pode implicar em valores como a inveja, podendo impulsionar o indivíduo a tentar conseguir tudo o que se deseja, não importa como. A propaganda abusiva pode tornar o poder de consumo a coisa mais importante da vida das crianças, fazendo com que elas sejam dominadas pela vontade de querer algo que possa nem vir a ter (LIPOVETSKY, 2007).

Segundo Henriques (2012, p. 188) diversos estudos já reconheceram as consequências da publicidade sobre as crianças em geral. Na forma abusiva elas têm a capacidade de originar "tristezas, decepções por motivos fúteis e banais [...] ou, quanto pior, geram inveja, ganância e gula em um consumismo despropositado".

As crianças nascem sem qualquer noção a respeito de valores, sentimentos e atitudes. Grande parte da sua personalidade será formada por informações externas, dos locais nos quais desenvolvem suas primeiras relações. Uma criança exposta a constantes publicidades abusivas construirá seus valores a partir delas e como a maioria delas não se preocupa com a formação de seus consumidores, explora e demonstra sentimentos de intrigas com os pais, consumismo e alimentação não saudável, sexualização precoce, alcoolismo e são esses valores que moldarão a conduta desses futuros adultos (HENRIQUES, 2012).

Dentro desse capítulo será posto em debate os impactos negativos da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas à criança, buscar-se-á entender porque a publicidade faz mal as crianças listando as principais consequências das mensagens comerciais dirigidas as crianças em 6 módulos a saber: mudanças no comportamento; transtornos alimentares; erotização precoce; estresse familiar; violência e delinquência e alcoolismo que serão abordados a seguir. Baseado neste livreto foi explorado cada um desses módulos para compreender o impacto da publicidade abusiva sobre as crianças.

3.1 mudanças no comportamento

As relações afetivas das crianças quando expostas a publicidade infantil passam a ser medidas pelas relações de consumo, fazendo-as não valorizar o fato de que a verdadeira riqueza humana está na diversidade. As crianças dependem dos bons exemplos para formar o seu caráter e os pais devem ficar atentos pois, as crianças realmente acreditam naquilo que lhes é dito tornando-se verdadeiros joguetes nas mãos da publicidade.

Alguns tipos de publicidade buscam focar no hábito de consumir por consumir e descartar logo em seguida forjando um conceito vazio de felicidade pautado no hábito consumista, provocando uma falsa felicidade. Estimula-se um ciclo inacabável de rápida substituição de um produto por outro, já que tais produtos não podem oferecer uma satisfação genuína (RODRIGUES, 2011).

Como ressaltado, certos tipos de publicidade buscam convencer a criança que é mais importante ter ou parecer do que ser, estimulando uma inversão de valores (INSTITUTO ALANA, 2009). A voz adulta com o foco constante sobre a criança a faz se definir pelo que tem, e não mais pelo que é, jogando-a em uma compulsão pelo consumo e a faz construir uma identidade baseada no que possui materialmente, e não por valores e comportamentos como a sociabilidade e o trabalho coletivo e com isso as crianças sentem-se vazias intimamente e elas passam a preencher esse vazio com bens materiais (RODRIGUES, 2011).

Outra estratégia publicitária que pode motivar o comportamento infantil é igualar o modo de ser criança a fim de vender milhões de produtos iguais, pressupondo que todas as crianças são iguais ou massa anônima. Esquece-se de que cada criança é singular e fazer com que todas elas sejam bem-sucedidas, que podem possuir todos a mesma coisa e agir da mesma forma não é saudável (INSTITUTO ALANA, 2009).

Com isso essas ações abusivas alcançam seus objetivos massificando vontades, reconstruindo a infância e influindo nas escolhas e criatividades (RODRIGUES, 2011). Brinquedos e ideias prontas para brincar inibem a criatividade e tipificam as diferentes formas de brincar em detrimento de outras, minimizando a possibilidade da brincadeira constituir um momento de explorar o lúdico, desenvolvendo a imaginação, a linguagem, a expressão de anseios, habilidades sociais e até mesmo de elaborar sentimentos para compreenderem e construírem o conhecimento sobre o mundo (INSTITUTO ALANA, 2009).

A criança tem que ser estimulada a ser sincera e não a ser maliciosa e não é esse o foco da publicidade enganosa que faz com que certas mensagens comerciais contribuam para a

desumanização e ao individualismo. Isso porque a formação da criança depende de exemplos sociais que a envolvam de diferentes formas para a formação de seu caráter. Contrariamente, de acordo com a lógica do consumo, as crianças são ensinadas a desprezar o colega que não anda conforme os ditames da moda (RODRIGUES, 2011).

3.2 Transtornos alimentares

Um dos primeiros efeitos observados como consequência da exposição das crianças à publicidade é na balança: em um país em que a fome ainda é um mal que assola diversas família, a exposição à publicidade tem aumentado significativamente o peso das crianças, em um paradoxo que demonstra que se vive em uma sociedade de extremos. A publicidade exerce influência direta sobre os hábitos alimentares das crianças, além de as tornarem insatisfeitas com seus corpos e buscarem ideais de beleza irreais.

Hoje, 35% da população infantil do mundo tem problemas de obesidade. Percebe-se um aumento significativo da obesidade infantil com o passar dos anos e a incidência de crianças e adolescentes passou de 4,1% para 13,9%, atingindo uma média de 15% no Brasil (cerca de 5.957.859 crianças) (OLIVEIRA et al.*, 2003). O consumo excessivo de alimentos não saudáveis é a principal causa da epidemia de obesidade infantil. E não há dúvidas de que um dos fatores que contribuem, e muito, para o avanço da obesidade infantil é a publicidade que, a todo momento, desenvolve as mais mirabolantes ideias para manter a criança cativa dos apelos consumistas (INSTITUTO ALANA, 2009, p. 22).*

A publicidade que incita ao consumo de alimentos não saudáveis, que leva à obesidade, é a mesma que contribuí para desqualificar as pessoas acima do peso. A atuação é ambígua e divergente: incentiva a comer e condena quem não é magro como o personagem que estrela o comercial (INSTITUTO ALANA, 2009). Pode-se dizer que a busca do corpo excessivamente magro nada mais é do que o outro lado da moeda da obesidade. A insatisfação é contínua, pois ora a criança é induzida a consumir ilimitadamente produtos calóricos, ora é apresentada a um modelo de magreza padrão ocasionando transtornos de anorexia e bulimia dentre outros problemas ligados ao tema, verdadeiros flagelos físicos realizados com vistas ao alcance do padrão estabelecido (VALOIS, 2013, p. 58).

3.3 Erotização precoce

Propagandas dirigidas as crianças, no afã de satisfazer seu desejo natural de amadurecimento, têm apresentado produtos cada vez mais sexualizados a crianças cada vez menores. A publicidade abusiva tem encurtado o período da infância promovendo a

precocidade sexual e antecipar a fase adulta desvaloriza o gosto de ser criança.

Ao ingressar prematuramente no mundo adulto, com o corpo e a mente ainda em formação, a criança, ou mesmo o adolescente, não tem arcabouço físico e psicológico formado para defender suas prerrogativas, controlar seus rompantes, requerer respeito e, muito menos, discernir em si um desejo genuíno de relacionar-se sexualmente (INSTITUTO ALANA, 2009, p. 29).

Esse ingresso prematuro pode trazer problemas como: antecipação da menstruação nas meninas, gravidez precoce, doenças sexualmente transmissíveis, distúrbios alimentares, depressão, baixo desempenho escolar, banalização da sexualidade, pois o acúmulo de cenas sexuais na cabeça delas faz com que aprendam a ver o sexo de maneira banal, como uma prática que se deve fazer porque todos fazem, e não pelo significado pessoal que se possa ter, entre outras graves consequências como o aumento da pedofilia no mundo adulto (LINN, 2006, p.161).

No dizeres de Linn (2006, p. 322):

> *Tenho receios sobre a forma como o sexo e a sexualidade são mostrados na televisão hoje em dia. Não mostram o sexo por amor ou afeto – mas como um meio de adquirir poder. Tanto para os homens quanto para as mulheres. Que mensagem horrível de se transmitir para nossos filhos.*

A erotização precoce compromete a formação da criança e do adulto que ela será, a exploração sexual infantil, a gravidez precoce, a violência, o mercantilismo sexual e a perda da autoestima são alguns dos retornos negativos que os altos investimentos da publicidade que explora a erotização na infância. O ingresso no mundo adulto deve e precisa acontecer no seu tempo e a publicidade faz exatamente o inverso oferecendo às crianças produtos, serviços ou ideias incompatíveis com sua idade. A criança deve ser ajudada a controlar seus impulsos de ordem sexual. Atropelar a infância é uma grave violência (INSTITUTO ALANA, 2009, p. 29-33).

3.4 Estresse familiar

Na temática do estresse familiar pode-se mencionar a publicidade que orienta as crianças a influenciarem seus pais, a persistirem para conseguir o que querem e denegar o não, a chamada amolação, assim Ribeiro e Ewald (2010, p. 71) aduzem:

> Além disso, o estudo citou ainda que muitos conteúdos publicitários enfraquecem a autoridade dos responsáveis, que são menosprezados em sua competência para educar

os filhos. Uma das estratégias para enfraquecer o poder paterno/materno utilizado pelas mensagens publicitárias engloba o incentivo à amolação.

Quando a comunicação mercadológica mostra os pais demonstrando seu afeto pelos filhos por meio de compras de bens, essa ação acaba por distorcer os valores da sociedade e concorre com os pais de forma antiética. Tendo como meta a venda de bens de consumo infantil, a qualquer custo, a publicidade utiliza-se dos mais diversos estratagemas, e combali a autoridade dos pais diante de assentar o que deve ou não ser consumido por seus filhos. Dizer "não" faz parte da instrução da criança. Sempre muito mais condescendente, a publicidade estimula a criança a implorar pelos produtos, colocando os pais ou responsáveis na árdua situação de ter que lhes dizer "não" diversas vezes (INSTITUTO ALANA, 2009, p. 34-36).

Segundo o Instituto Alana (2009, p. 36-43), a sedução consumista rouba dos pais o tempo necessário ao lado dos filhos, geram desarmonia na relação familiar e estimulam a falsa ideia de famílias sempre felizes e perfeitas. Ao estabelecer objetivos inalcançáveis, a publicidade contribui para gerar apatia e depressão, além de participar intensamente da educação das crianças invadindo a privacidade do lar. As mensagens dúbias e enganosas roubam dos pais o tempo necessário ao lado dos filhos, enfraquecem a sua autoridade e menosprezam a competência deles em educar seus filhos além de tentar culpa-los pelos danos que ela mesma causa às crianças. Ou seja, a publicidade enfraquece os valores democráticos e rivaliza com pais e escolas na formação da infância.

3.5 Violência e delinquência

Também a violência tem sido incitada pela publicidade, através principalmente de jogos e brinquedos que imitam armas ou apelam a comportamentos violentos pois cria-se uma relação afetiva da criança com o consumo e também com os personagens e situações de violência mediados. A Violência e delinquência precoces também estão vinculadas ao consumo insatisfeito principalmente entre as crianças que vivem em condições financeiras precárias e sofrem com a exclusão e veem os produtos anunciados na televisão como ingresso social fazendo com que elas buscarem no tranco, armadas, o que o fantástico mundo da publicidade apregoa como algo permitido a todos (INSTITUTO ALANA, 2009, p. 44-47).

3.6 Alcoolismo

As propagandas publicitárias de bebidas alcoólicas mostram o consumidor de álcool como sendo uma pessoa feliz, criam atitudes positivas em relação ao beber, mostrando que a

bebida é algo obrigatório para a diversão, sendo assim, incitam o consumo precoce de álcool. Esse tipo de propaganda aumenta o risco de dependência e problemas de desenvolvimento, aumenta também a pressão de grupo entre as crianças e adolescentes (INSTITUTO ALANA, 2009, p. 48-49).

3.7 Publicidade ideal dirigida ao público infantil

Para tratar deste tópico, de início, faz-se necessário compreender o que vem a ser a publicidade. Segundo Henriques (2006, p. 36) publicidade: "É uma forma de oferta e, portanto, de prática comercial, que se vale dos meios de comunicação de massa, para difundir os benefícios e vantagens de determinado produto ou serviço, cujo consumo se pretende incentivar, pelo respectivo público consumidor potencial ou efetivo".

O que diferencia a publicidade da propaganda é que esta tem como objetivo a divulgação de um sistema ideológico de conteúdo social, ético e moral, mas sem nenhum caráter comercial enquanto aquela sempre terá natureza comercial. Por conta disso, o Código de Defesa do Consumidor tratou de legalizar somente a publicidade, apesar de em algumas situações regulamentar a contrapropaganda (termo usado como sinônimo de publicidade) (HENRIQUES, 2006).

A publicidade tem como objetivo intrínseco convencer o consumidor, ocupando suas emoções e sentimentos, com o intuito de aguçar no público alvo a necessidade de consumir. No entanto, para isso, ela deve ater-se a algumas singularidades de cada grupo de consumidores para não tornar-se abusiva (HENRIQUES, 2006).

A publicidade ideal é aquela que ao impelir o consumidor para a compra dos bens ou serviços, o faz respeitando as características do público alvo, considerando suas fraquezas e singularidades, não se logrando de práticas abusivas, como a publicidade mascarada, oculta ou subliminar. Assim, além de a publicidade ter que respeitar as limitações previstas no ordenamento jurídico brasileiro, que é regulamentada pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor, também deverá ater-se aos princípios fundamentais e aos gerais do Direito, como o da Boa-fé e o da Dignidade da Pessoa Humana (NUNES, 2010).

Do mesmo modo, ocorrerá com a publicidade dirigida ao público infantil, que deverá ater-se a faixa etária para a qual é dirigida, respeitando as diversas fases de seu desenvolvimento psíquico-físico. Assim sendo, a publicidade dirigida a este público específico, além de respeitar a criança em razão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, deve considerar que esta é uma pessoa em desenvolvimento, tanto físico como psíquico (NUNES, 2010).

No que tange ao desenvolvimento físico, o ponto a ser ressaltado é o consumo de alimentos ricos em gordura e açúcares como os comercializados pelas redes de *fast-food*. Para ser uma publicidade que respeita as peculiaridades do público infantil, esta não poderá estimular o consumo exagerado de alimentos pobres em vitaminas e nutrientes que são essenciais para a criança nesta fase de desenvolvimento físico (NUNES, 2010).

Quanto ao desenvolvimento psíquico, ao dirigir-se ao público infantil, o anúncio publicitário deve respeitar a hipervulnerabilidade deste público-alvo, em razão da falta de sensatez e de *know-how* para fazer o julgamento crítico às mensagens que são dirigidas a elas. A publicidade deve ser clara e assinalada como tal, conforme precisa o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 36, tendo como base a transparência e honestidade e não pode fazer uso de artifícios como a usurpação no mundo lúdico da criança, que não tem a experiência necessária nem o senso crítico para separar a intenção persuasiva do meio utilizado (NUNES, 2010).

Portanto, a publicidade que tem como alvo as crianças devem seguir os ordenamentos da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, pois se assim o fizer não desacatarão a condição especial da criança e utilizará uma publicidade próxima da ideal.

4 Análise jurídica sobre a publicidade dirigida Às crianças

É perceptível a ascendência da publicidade sobre crianças e adolescentes, que se configuram como um mercado notadamente valioso e rentável. A inquietação com a questão é cada vez mais acentuada, o que levou ao legislador, não só o brasileiro, mas de todas as partes do mundo, a avançar na regulamentação sobre o tema. A preocupação esplanada é fundamentada no fato de que este público está especificamente suscetível à publicidade, pois, de acordo com Iglesias (2013, p.1) possui dificuldade em perceber a intenção persuasiva que motiva a propaganda. Estes autores, desta vez citando Andronikidis e Lambrianidou, detalham a dificuldade de percepção em crianças:

> Crianças de até seis anos não reconhecem a diferença entre um programa de televisão e uma peça publicitária, enquanto crianças com até 12 anos não são capazes de compreender com clareza o objetivo de uma propaganda, nem de perceber sua(s) estratégia(s) de persuasão para o consumo (ANDRONIKIDIS; LAMBRIANIDOU, 2013 *apud* IGLESIAS; CALDAS; LEMOS, 2013, p. 1)

A legislação brasileira, "[...] limitada, especialmente se comparada à de países europeus e da América do Norte", de acordo com o Instituto Alana (2009), apresenta as seguintes regulamentações legais ou normativas sobre tema: Constituição Federal de 1988; Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990; Código de Defesa do Consumidor (CDC) de 1990; Código de Ética dos Profissionais da Propaganda de 1957 e Resolução nº 163 de 2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda).

Além de leis e instruções citadas, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), em 1980, aprovou um instrumento normativo a ser aplicado em suas decisões: o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que pode ser considerado o principal conjunto de regras da propagada (ASSOCIÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE, 2015).

Em que pese não dispor especificamente sobre publicidade destinada às crianças, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por meio de instruções normativas, cuida sobre os meios de exposição de informações de produtos alimentícios e medicamentos em embalagens e pontos de venda (ASSOCIÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE, 2015).

4.1 Constituição Federal

O Direito da Criança e do Adolescente recebeu da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a "proteção integral", baseada no reconhecimento de direitos especiais e

específicos de todas as crianças e adolescentes. Pela primeira vez na história brasileira, a questão da criança e do adolescente é abordada como prioridade absoluta e a sua proteção passa a ser dever da família, da sociedade e do Estado (SARAIVA, 2002).

O Brasil consagra nos direitos fundamentais do texto constitucional de 1988 inscritos no artigo 227 a Doutrina da Proteção Integral, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, instituindo a **chamada prioridade absoluta** que diz:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Constituiu, portanto, uma nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do Adolescente, a partir de 1988. A CF, em seu art. 227, afastou a doutrina da situação irregular e passou a assegurar direitos fundamentais à criança e ao adolescente (ISHIDA, 2010).

A partir de 1988 crianças e adolescentes foram reconhecidas na condição de sujeitos de direitos e não meros objetos de intervenção no mundo adulto. Conforme Liberati (2003) a doutrina brasileira primeiro recebeu influência internacional, de convenções e documentos na área da criança, em especial da convenção Internacional aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 20 de novembro de 1989, assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990 e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28 de 14 de agosto de 1990. Essa Convenção representou dentro do panorama legal internacional, o resumo e a conclusão de toda a legislação garantista de proteção à infância.

Veronese e Oliveira (2008) em seus relatos afirma que a Convenção definiu a base da doutrina da proteção integral ao referendar um grupo de direitos de natureza individual, difusa, coletiva, econômica, social e cultural, reconhecendo a criança e ao adolescente como sujeitos de direitos e, considerando sua vulnerabilidade, necessitam de cuidados e proteção especial.

4.2 Convenção da ONU sobre os direitos das crianças

Conforme explana Falsarella (2013, p. 410):

> Os tratados internacionais, após adotados pelo país, passam a integrar o ordenamento jurídico interno. No caso específico dos tratados de direitos humanos, seu impacto no direito interno é ainda mais significativo, na medida em que, obedecido o

> procedimento previsto no art. 5 º, §3º, da CF, são integrados *co status* ao de emendas constitucionais.

No Brasil, o direito da criança e do adolescente são normatizados na Constituição Federal, especificamente em seu artigo 227, e na Lei 8.069/1990, em todo o seu teor. No âmbito internacional, são consagrados em tratado específico:

> A convenção sobre os direitos da criança. Referida convenção foi adotada pelas Nações Unidas em novembro de 1989. Entrou em vigor em 1990, sendo ratificada no Brasil em 24 de setembro do mesmo ano. No total, 193 países ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança (FALSARELLA, 2013, p. 410).

Essa Convenção possui campo de proteção amplo, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera em seu Artigo 2º: criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos (sujeitos somente a medidas protetivas), e adolescente aquela pessoa entre 12 e 18 anos de idade (sujeitos também a medidas socioeducativas).

Já a Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece em seu art 1º: "Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes" (ORGANIZACÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Sobre o impacto dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, Piovesan (2009, p. 24-25), entende que:

> Ao tratar do impacto dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos na ordem jurídica brasileira, apresenta três possiblidades. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a- coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos; b- integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; c- contrariar preceito do direito interno.

Entende Piovesan (2009, p. 24-25), que:

> Os tratados internacionais de direitos humanos inovam significantemente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis a proteção dos direitos humanos. E em todas essas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. Neste sentido, pode-se afirmar que os tratados de direitos humanos fixam pisos protetivos mínimos, prevalecendo a dispositivos que for mais benéfico para o direito em questão.

A presente Convenção sobre os direitos da criança complementou e deu caráter vinculante à Declaração aprovada pelas Nações Unidas 30 anos antes. Andrade (2000, p. 37) relata que:

> A Convenção se divide em 4 blocos: um detalhado preâmbulo com 4 artigos; uma primeira parte com princípios gerais e 36 artigos em que reconhece o direito da criança e do adolescente; uma segunda parte com 4 artigos em que estabelece seu órgão de controle, o Comitê para os Direitos da Criança; e uma terceira parte, com 9 artigos, em que estabelece os mecanismos para as ratificações, adesões, reservas e emendas.

4.3 Código de Defesa do Consumidor

O artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor conceitua publicidade lícita como: "A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal" (BRASIL, 1990).

A publicidade lícita nada mais é do que aquela que deve ter informações reais, verdadeiras, exatas do produto ou serviço, para que o consumidor possa fazer a sua escolha, de uma maneira clara e consciente.

O artigo 37 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu § 1º, descreve claramente o conceito de publicidade enganosa, e o seu § 2º trata da publicidade abusiva:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
> § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (BRASIL, 1990).
> § 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (BRASIL, 1990).

Da leitura do referido artigo pode-se concluir que passa a publicidade a ser ilícita quando o consumidor não consegue identificá-la. Na publicidade enganosa há sempre inverdades, ou alguma omissão que induza o consumidor ao erro, inteira ou parcialmente. Ela pode até ser verdadeira, mas seu conteúdo afronta a moral e os bons costumes (NUNES, 2006).

Já a publicidade abusiva é aquela que se realiza com fins contrários à ordem pública, ao direito, à ética e à moral, é a publicidade discriminatória, que abusa da inexperiência das crianças, que desrespeita os valores ambientais. Esse tipo de publicidade aparenta obediência às normas tradicionais da comunicação social, contudo mascar seus reais interesses que são prejudiciais aos consumidores - crianças (NUNES, 2006).

O Código de Defesa do Consumidor não proíbe a publicidade, mas sim a publicidade enganosa e abusiva. E por este motivo, em uma relação de consumo, é obrigatório se ter uma relação de lealdade entre fornecedor e consumidor e que essa lealdade se traduza na proibição da publicidade enganosa e abusiva (BAGATINI, 2005).

No que se refere às mensagens publicitárias (comerciais), o Código de Defesa do Consumidor distingue os direitos do consumidor por grau de gravidade, garantindo a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais e, ainda, práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. Enquanto as últimas se referem ao fornecimento, as duas primeiras é que são alusivas à publicidade. (SPODE, 2002).

Conforme Bagatini (2005), a publicidade abusiva desrespeita valores que foram incorporados pelas crianças – valores de ordem ética, moral, social e culturais e que atingem os desejos e as necessidades desses potenciais consumidores, que são atropelados pela necessidade que se tem de vender determinados produtos ou serviços.

Esse aproveitamento da inexperiência das crianças e de classe de consumidores com capacidade de baixo raciocínio caracteriza a publicidade abusiva frente ao consumidor com apresentação de ideias tidas como verdadeiras, mas de cunho falso, e de desrespeito aos valores éticos, morais e sociais das pessoas. Para elucidar essa compreensão Spode (2002) diz que “a publicidade abusiva configura, portanto, modalidade de abuso de direito”.

A modalidade de publicidade abusiva discutida no objeto de estudo em questão é a publicidade dirigida às crianças. Na maioria das campanhas publicitárias transmitidas pela televisão e por outros veículos de comunicação, o público infantil é um alvo cobiçado, seja porque constitui ele mesmo um atraente mercado de consumo, seja porque é um meio de atingir os adultos.

Quando em capítulos anteriores debateu-se sobre a teoria cognitiva ficou demonstrado o poder significativo que a publicidade exerce sobre a criança. Há uma exposição muito grande da publicidade em relação às crianças, o que faz com que os anúncios venham a explorar sua vulnerabilidade, inclusive para sensibilizar os próprios adultos, ou seja, os pais dessas crianças. (PASQUALOTTO, 1997).

Um bom exemplo de coerção publicitária abusiva é citado por Pasqualloto (1997 p. 24-26), quando relata uma decisão de um Tribunal do Comércio na Finlândia:

> Na Finlândia, o tribunal do comércio censurou um filme publicitário da rede McDonald´s, com o enredo centrado numa criança entristecida porque, ao mudar de residência, com os pais, perdera contato com os amigos e sentia-se só. A cena final mostrava a família lanchando alegremente na loja que se situava em frente à nova residência. O tribunal considerou inaceitável a substituição da presença dos amigos e a diminuição do sentimento de solidão como argumentos de venda, especialmente quando o alvo é uma criança.

O que o Código pretende proteger é a possibilidade de o consumidor decidir por um determinado produto ou serviço, livre da influência de fatores estranhos que não constituem motivos justificáveis para a decisão de consumo (SPODE, 2002).

A publicidade abusiva ocorre quando a mensagem tenta mudar comportamentos arraigados na sociedade, quando discrimina as pessoas, inferioriza-as, quando incita a violência, explora o medo e demais aspectos elencados no § 2º do art. 37 do CDC (BAGATINI, 2005).

A publicidade é abusiva quando tenta alterar os valores sociais enraizados na sociedade. Ela é abusiva também quando viola direitos decorrentes da dignidade humana, quando incita à violência, ao racismo, quando agride os valores da sociedade (BAGATINI, 2005).

Tem-se neste art. 37 do CDC, em seu § 2º o princípio da não abusividade da publicidade, quando explica que ao definir o princípio da ordem pública, ensina-se que a liberdade da atividade publicitária pode colidir com certos imperativos de ordem superior que se sobrepõem às intenções promocionais das empresas. Proíbe-se a publicidade que ofenda princípios como a democracia e a liberdade, direitos da criança e da mulher, defesa do meio ambiente, privacidade, dentre outros. A publicidade abusiva, assim, apresenta características ligadas à infração de normas de ordem pública, tais como os arts. 1.º e 4.º da Carta Maior Nacional (ALMEIDA, 2005).

Como na publicidade enganosa, o anúncio será considerado abusivo antes até de

causar um prejuízo concreto. É suficiente que tenha sido veiculado, mesmo que não cause qualquer perda ao consumidor. Ante o exposto, pactua-se-se que, a publicidade tem que ser verídica e respeitar os valores sociais, morais e éticos, vedando-se a difusão de mensagens publicitárias que desrespeitem esses princípios.

Segundo Nunes (2006) "O caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor".

Portanto, é necessário não apenas atentar-se com o recado da mensagem publicitária que será exibida, mas também com a maneira que pela qual será divulgada e como os consumidores vão reagir.

4.4 Estatuto da Criança e do Adolescente

No Brasil, a proteção e a garantia dos direitos da criança eram fundamentadas na Doutrina da Situação Irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1974, mas com o advento da Constituição de 1988 passou a vigorar a Doutrina da Proteção Integral, prevista no art. 227, que é fundamentado na trilogia: dignidade, respeito e liberdade (AMIN, 2010).

A doutrina ancorada no Código de Menores de 1974, era restrita, ocupava-se de tratar apenas do menor em situação irregular, como por exemplo as crianças de rua, de famílias desfavorecidas e, cuidar de situações já estabelecidas, de forma remediativa e, portanto, era uma concepção que tinha o menor não como um sujeito mas como um objeto de proteção do Estado. Em compensação, na nova doutrina adotada após 1988, os direitos da criança são tratados de forma mais absoluta.

Com uma visão obviamente garantista, a Doutrina da Proteção Integral busca precaver as situações que possam trazer dano à criança e a tem como um sujeito de direitos, impondo que suas necessidades sejam atendidas na sua completude, garantindo a elas o auxílio material, físico e psicológico (AMIN, 2010).

A Constituição Federal, além da previsão da adoção da Doutrina da Proteção Integral para resguardar os direitos da criança, adotou também o Princípio da Prioridade Absoluta, o qual estabelece primazia em favor das crianças em todas as esferas de interesses e está prioridade deve ser assegurada por todos, é um dever comum de toda sociedade.

Segundo Amin (2010, p.22) "em situação fática em que se tenha que decidir entre os interesses da criança e qualquer outro interesse não comportarão indagações ou ponderações

sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte, assim sendo, o interesse da criança sempre terá prioridade em detrimento de qualquer outro interesse" (AMIN, 2010).

O Princípio do Melhor Interesse já estava vaticinado no Código de Menores de 1979 (art. 5º), no entanto, sob o esteio da Doutrina da Situação Irregular, assim, aplicava-se apenas as crianças em situação de ameaça. A Constituição Federal de 1988 ratificou este princípio, mas o adaptou à Doutrina da Proteção Integral, ampliando-se a todo o público infanto-juvenil e em todas as situações (ROSSATO, 2010).

Rossato (2010, p.74) entende que o art. 227 "representa um metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, tendo como destinatários da norma a família, a sociedade e o Estado. Deste modo, dentre todos os princípios que se aplicam ao direito da criança estes são os que ocupam uma posição de destaque".

Para que as normas do ordenamento jurídico sejam aplicadas e interpretadas em conformidade com a Constituição Federal devem ser respeitados todos estes princípios nela previstos, atendendo especialmente o que determina a Doutrina da Proteção Integral, onde os interesses da criança devem ser resguardados na sua totalidade (BROKAMP, 2010, p.201).

Nesse mesmo sentido, Brokamp (2010, p.201) afirma que Estatuto Consumerista é uma norma genérica que se aplica a todos os consumidores e para que ofereça a tutela efetiva à criança deve passar pelo filtro constitucional que impõe a prioridade absoluta aos interesses da criança e se sedimentar na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Desse modo, as normas infraconstitucionais que respeitarem os princípios constitucionais acerca do direito da criança serão efetivadas sem cometer nenhuma abusividade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi criado para efetivar os direitos fundamentais da infância e adolescência, com base na doutrina da proteção integral. O artigo 2º da Lei nº 8.069/90 transcreve: *"Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".*

Esse artigo infere que os menos de 18 anos merecem uma tutela especial compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado, pois são reconhecidas como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, detentoras de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade, além dos seus direitos especiais, decorrentes do próprio processo de desenvolvimento que se encontram.

As crianças e adolescentes não se encontram em condições de exigir tais direitos dos adultos e não são capazes ainda, de prover suas necessidades básicas sem prejuízo do seu desenvolvimento pessoal e social, cabendo, portanto, a esses três pilares (família, sociedade e Estado) a tutela do seu desenvolvimento.

É importante ressaltar que o ECA definiu quem é criança, utilizando-se de um critério cronológico, prevê em seu art. 2º "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade" (BRASIL,1990). Deste modo, ao tratar-se da publicidade abusiva dirigida para o público infantil refere-se apenas às pessoas que ainda não atingiram os doze anos de idade (LIMA, 2010).

O artigo 3º do Estatuto da criança e do adolescente traduz bem esse pensamento ao citar:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, 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).

Proclama-se então a abrangência dos direitos fundamentais da pessoa humano à criança e ao adolescente, vinculados à "proteção integral", para a qual destina-se a própria lei. Reafirmando tais direitos fica garantido a aplicação ajustada à condição de pessoa em desenvolvimento (CURY, 2013).

A grande meta é o desenvolvimento como pessoa humana (físico, mental, espiritual e social, no texto do Estatuto). Uma sociedade será justa no momento em que oportunizar a todas as suas crianças e aos seus adolescentes estas condições de desenvolvimento íntegro, nas diferentes dimensões fundamentais do ser humano (COELHO, 2003, p. 36).

Para que este "desenvolvimento" não seja transposto como objetivo para organizações autoritárias, massificantes, sufocantes, como muitas vezes acontece em seu nome, o Estatuto condiciona explicitamente a liberdade e a dignidade da criança ou do adolescente como pré-requisito inarredável para este desenvolvimento acontecer (CURY, 2013).

O papel do Estado e da sociedade para compor com a família a rede de proteção às crianças e adolescentes fica ainda mais reforçado no artigo 4º do ECA:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Esse artigo é praticamente uma transcrição do dispositivo constitucional do artigo 227 da Constituição Federal, ao qual se adiciona a responsabilidade da comunidade e o direito ao esporte, e se esboça, em seu parágrafo único, materializações para a garantia da prioridade absoluta. Assim sendo, a virtude do artigo 4º reside no fato dele incorporar à doutrina da proteção integral o princípio constitucional da prioridade absoluta em seu parágrafo único:

> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Machado (2003, p. 390) explica que como "não é possível dar conceituação rígida à prioridade absoluta no plano constitucional, os contornos dela necessariamente devem vir ditados por uma multifacetada legislação ordinária". Neste sentido, cumpriu ao ECA o papel de delinear estes contornos no parágrafo único do seu artigo 4º.

Embelece-se então um conjunto de deveres atribuídos à família, à sociedade em geral e ao Poder público, que são então responsáveis solidariamente na garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tais como: direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais tratando-os como indivisíveis e interdependentes, na medida em que cada um destes protagonistas atuam em suas respectivas dimensões com vistas a garantir a promoção e proteção de todos os direitos na sua integridade assegurados em lei (MACHADO, 2003).

Neste caso, a integralidade pode ser verificada através das ações amplas, diversificadas e interdependentes realizadas por estes protagonistas no que tange aos deveres que possuem para garantia dos direitos da população infanto-juvenil (MACHADO, 2003, p.388).

Por fim o artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a relevância das organizações não governamentais e a legitimação da sua atuação em prol da defesa dos direitos da criança, que se encadeará em pé de igualdade com as iniciativas governamentais:

> Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Esse dispositivo é a norma geral de que as políticas públicas que vão atender os direitos da criança e do adolescente se darão através de um conjunto articulado de ações governamentais ou não da União, Estados e Municípios. A partir desse dispositivo resta claro que a intenção do legislador é criar mecanismos capazes de atender a execução da norma do art. 227 da Carta Magna de 1988.

4.5 Código de ética dos Profissionais da Propaganda

O Código de Ética dos Profissionais da Propaganda criado em 1957, tem como propósito elucidar os princípios éticos norteadores das regras de condutas dos profissionais de publicidade, assim, o código objetiva regulamentar as atitudes das agências de publicidade, anunciantes e veículos de comunicação.

Em seu item II, o Código de ética explana que o publicitário consciente do poder que tem em suas mãos, deve elaborar campanhas que visem consumo de bons produtos e serviços, desenvolvimento de boas instituições e propagação de ideias saudáveis. O item III, completa que para conquistar as medas desejadas, os profissionais de propaganda são desautorizados de alastrar inverdades, tão pouco dispersar má-fé e vício (ROSA, 2015).

A especificação 18 do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda expõe regulamentação de que cabe ao especialista de propaganda entender e conhecer a legislação relevante ao seu campo de ocupação, sendo assim incumbido por infrações, negligência ou omissão proposital que venha a cometer em propaganda produzida por ele.

Verifica-se que o publicitário de acordo com as regras consagradas deve sempre se deter ao conteúdo elaborado e as condições do público que irá recebê-lo, de outro modo, correndo perigo de prejudicar a sociedade. É importante inferir que em 2014 o Código de Ética dos Profissionais da Propaganda foi retificado pela Associação dos Profissionais de Propaganda (APP) a fim de dilatar a relevância da ética para todos os profissionais do ramo (ROSA, 2015).

4.6 Código de autorregulação publicitária

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP) reúne um conjunto de regras sobre a publicidade infantil. Ele foi criado em 1978, durante o governo militar em uma conjectura de ameaça de censura prévia ao setor publicitário, onde só seriam publicados

anúncios com preliminar autorização do governo. Devido a essa censura foi apresentado um código de autorregulamentação que visaria garantir a liberdade de expressão comercial, tutelando os interesses do mercado publicitário e do consumidor, e com a justificativa de que a publicidade do país possuía maturação o suficiente para se auto regulamentar (CONAR, 1980).

O CBARP adota uma interpretação bastante ampla, no seu artigo 8º, para publicidade e propaganda, entendidas como "atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias – como regra o anúncio, deve ser honesto, verdadeiro e preparado com o devido senso de responsabilidade social, de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade" (CONAR, 1980).

No Capítulo II, seção 11, do art. 37 do CBARP que versa sobre os princípios gerais e desprendido notável atenção às crianças e adolescentes, proibindo publicidade dirigida diretamente à criança fazendo o uso do imperativo (ROSA, 2015).

Já no inciso I, art. 37 do CBARP, aconselha que os anúncios demonstrem cuidados especiais quanto à salvaguarda e quanto às boas condutas, se abstendo ainda de:

> a. desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
> b. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
> c. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
> d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
> e. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
> f. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
> g. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
> h. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
> i. utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo (CONAR, 1980, p. 9).

Ainda no Inciso II, Art. 37 do CBARP, são aconselhados artigos com destinação ao consumo de crianças e adolescentes:

> a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;

> b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;
> c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;
> d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;
> e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis (CONAR, 1980, p. 9).

O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação mais restritiva para todas as normas aqui dispostas (ROSA,2015).

Mencionando o princípio da proteção a crianças e adolescentes, o CBAP antevê algumas regras singulares no tocante à publicidade de bebidas alcoólicas propiciando, sobretudo, que está publicidade não deve ter crianças e adolescentes como público-alvo. Dessa modo, determina que crianças e adolescentes não integrem anúncios de bebidas alcoólicas, os quais deverão ser reservados puramente para o público adulto, determinando que o conteúdo dos anúncios deixe claro tratar-se de produtos impróprios para menores e não utilize vocabulário, expressões, recursos gráficos e audiovisuais majoritariamente do universo infanto-juvenil (CONAR, 1980).

No anexo H do Código Brasileiro de Autorregulamentação manifesta a proteção à criança no que se refere à publicidade de alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas e restringe à publicidade voltada à quando referir-se aos anúncios de alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas:

> Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.
> Alimentos, Refrigerantes, Sucos e Bebidas Assemelhadas [...) 2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis (CONAR, 1980, p. 23).

Nota-se que o CBAP apresenta regras bastante restritivas em relação à publicidade direcionada às crianças e até mesmo quanto à participação desses entes na atividade publicitária, visando, assim, a proteção das crianças frente à atividade publicitária. No

entanto, ainda vislumbra-se diversas publicidades que desrespeitam esses preceitos previstos no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, bem como nas legislações aqui apresentadas que visam resguardar os direitos das crianças e adolescentes (ROSA,2015).

4.7 Resolução nº 163, de 13 de março de 2014

Através do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que, no uso de suas atribuições estabelecidas na Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991; no Decreto nº 5.089, de 20 de maio de 2004 e no seu Regimento Interno, criou-se a resolução nº 163, de 13 de março de 2014, com base no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, nos artigos 2º, 3º, 4º e 86 e 87, incisos I, II, III e V, da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente e no § 2º do art. 37, da Lei nº 8.078/ 90 – Código de Defesa do Consumidor considerou abusiva qualquer comunicação mercadológica destinada à criança e ao adolescente (BRASIL, 2014).

A referida norma tem como base o Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (documento aprovado pelo CONANDA no dia 19 de abril de 2011) que prevê as diretrizes da Política Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente para os próximos dez anos.

Sua principal finalidade é orientar e cobrar do poder público na esfera federal a implementação de políticas que efetivamente aperfeiçoem instrumentos de proteção e defesa das crianças e adolescentes, para enfrentamento das ameaças ou violações de direitos facilitadas pelas tecnologias de informação e comunicação e garantam os direitos infanto-juvenis, assim como os planos estaduais devem orientar os governos estaduais e os planos municipais, as prefeituras), especialmente o objetivo estratégico 3.8 que tem como objetivo "Aperfeiçoar instrumentos de proteção e defesa de crianças e adolescentes para enfrentamento das ameaças ou violações de direitos facilitadas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação" (BRASIL, 2014). O artigo 1º da resolução e seus parágrafos trazem a seguinte normatização:

> Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente prevista nos arts. 86 e 87, incisos I, III, V, da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990.
> §1º Por 'comunicação mercadológica' entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.
> §2º A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet,

> embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2011).

O artigo 1º da Resolução 163 do CONANDA dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente em conformidade com a política nacional de atendimento destes, prevista nos arts. 86 e 87, incisos I, III, V, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

A resolução não proíbe a publicidade de produtos infantis, mas as propagandas direcionadas as crianças com claros elementos que têm como principal objetivo tentar seduzia-las ao consumo (SILVA, 2014).

Em seu artigo 2º a resolução faz novamente referência a publicidade abusiva e traz a luz do debate o que é a comunicação mercadológica e como ela persuadi as crianças ao consumo por meio de ferramentas publicitárias:

> Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:
> I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
> II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
> III - representação de criança;
> IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
> V - personagens ou apresentadores infantis;
> VI - desenho animado ou de animação;
> VII - bonecos ou similares;
> VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
> IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2011).

Entende-se por comunicação mercadológica, toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a popularização de produtos, serviços, marcas e empresas autonomamente do suporte, da mídia ou do meio utilizado. Tal comunicação abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas (SILVA, 2014).

Considera-se abusiva a este público, a prática do direcionamento de publicidade com a intenção de persuadi-lós ao consumo de quaisquer produtos ou serviços, utilizando: palavreado infantil; efeitos especiais e redundância de cores; trilhas de músicas infantis ou

cantadas por vozes de criança; retratação de criança; pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; interpretes ou apresentadores infantis; desenho animado ou de animação; bonecos ou similares; promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis, bem como promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil (SILVA, 2014).

Considera-se abusiva a publicidade no interior de creches e de instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos. Porém, esta disposição não se aplica às campanhas de utilidade pública referente às informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, dentre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social (SILVA, 2014).

Respeitam-se, ainda, os princípios gerais que são: a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse social, as instituições e símbolos nacionais. Deve-se ter atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento (SILVA, 2014).

Direciona-se-se, ainda, a não oportunizar a influência do anúncio que leve o adolescente a cercear seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior, não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade, e, ainda, a não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço.

É importante salientar que não é permitido a indução, favorecimento ou estimulação de qualquer forma de atividades ilegais. De forma alguma, pode-se instigar a qualquer espécie de selvageria, a qualquer forma de deterioração do meio ambiente e deve-se primar por uma apresentação verídica do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina (SILVA, 2014).

Vale, pôr fim, ressaltar que o CONANDA por meio da resolução nº 163 em momento algum menciona o banimento da publicidade de produtos para as crianças e adolescentes. Até porque se assim procedesse a resolução claramente seria inconstitucional, pois tal conselho não possui competência para legislar. O artigo 2º, I, da Lei nº 8.242/91 (BRASIL, 1991) prevê que:

Art. 2º Compete ao Conanda:

> I – elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
> VIII - apoiar a promoção de campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente, com a indicação das medidas a serem adotadas nos casos de atentados ou violação dos mesmos.

Ou seja, o CONANDA possui competência para elaborar normas que estão restritas â regulação "da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente [...], observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas" no Estatuto da Criança e do Adolescente. Além do mais a Constituição Federal estabelece que compete a Lei Federal a regulamentação da publicidade.

Sendo o CONANDA um órgão administrativo, devendo seus atos e resoluções não serem confundidos com Lei Federal. Portanto, a Resolução nº 163/2014 só pode ser vista como uma orientação para a política nacional de atendimento dos direitos das crianças e do adolescente, mas sem qualquer caráter vinculante para os particulares (SILVA, 2014).

Conforme exposto, faz-se mister para a aplicabilidade do disposto no § 2° do Art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente, regulamentação que permitisse esclarecer o que deve ser considerado como publicidade abusiva. Tal regulamentação foi concretizada pelo ato normativo através da resolução 163/14 do CONANDA (SILVA, 2014).

Com o surgimento de tal resolução iniciou-se a discussão acerca da competência do CONANDA e da força normativa que esta resolução teria. Muito se falou quanto às vedações impostas, haja vista a maior rigidez à publicidade infantil, dando ênfase à existência de uma censura à atividade de criação exercida pelos publicitários. Ainda, criticou-se a legitimidade do CONANDA para legislar sobre publicidade comercial, sob argumento que tal norma configuraria afronta ao art. 170, parágrafo único da Constituição Federal, que assegura (e estimula) o livre exercício da atividade econômica (SILVA, 2014).

Diante desta conjuntura, mister a demonstração da competência do CONANDA para a edição de ato normativo com o fulcro de delimitar quais publicidades configurariam como abusivas (SILVA, 2014).

Primeiramente, teve o CONANDA sua previsão de criação estabelecida pela Lei n°. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seus Art. 86 e 88, inciso II, *in verbis*:

> Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.
> Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais (BRASIL, 1990).

Dando cumprimento ao dispositivo legal supra, a Lei n°. 8.242/91 criou o CONANDA e estabeleceu suas características e competências. Assim, temos o disposto em seu Art. 1° e 2°, inciso I:

> Art. 1º Fica criado o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda).
> § 1º Este conselho integra o conjunto de atribuições da Presidência da República.
> § 2º O Presidente da República pode delegar a órgão executivo de sua escolha o suporte técnico-administrativo-financeiro necessário ao funcionamento do Conanda
> Art. 2º Compete ao Conanda:
> I - elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 1990).

Ademais a Lei n°. 8.242/91, em seu inciso XI do Art. 2°, estabeleceu a competência do CONANDA para elaborar seu próprio regimento interno. E, no exercício desta competência ao editar seu Regimento Interno estabeleceu:

> Art. 12. O plenário do CONANDA é o fórum de deliberação plena e conclusiva, configurado por reuniões ordinárias e extraordinárias, de 10 acordo com requisitos de funcionamento estabelecidos neste regimento, e a ele compete:
> II - estabelecer, por meio de resolução, normas de sua competência, necessárias à regulamentação da Política Nacional de Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Diante do que fora exposto, observa-se que o Conanda possui sim, competência para editar normas gerais visando à regulamentação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, e por ser o instrumento que dispõe, a edição de tais normas dar-se-á por meio de resolução (SILVA, 2014).

Fica demonstrado, portanto, que frente à necessidade da delimitação do que seria a publicidade abusiva para crianças e adolescentes, haja vista a lacuna deixada pelo § 2° do Art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, configura-se útil e eficaz a resolução em estudo, que objetiva a efetivação da garantia dos direitos das crianças e adolescentes (SILVA, 2014).

5 A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)

A Resolução n. 163, do CONANDA, discorre sobre a abusividade da condução da publicidade e da comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, com a intenção induzi-las ao consumo de qualquer produto ou serviço, desde de que presentes os requisitos que enumera em seu art. 2º, assim como define princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente.

Os órgãos de comunicação repentinamente levantaram críticas quanto a edição da Resolução n. 163, alegando hipótese de censura e limitação a liberdade de expressão publicitária. Em contrapartida o argumento a favor da conveniência e adequação da resolução sustenta que não é proibido a publicidade dirigida ao público infanto-juvenil, mas que apenas estabelece preceitos para a compreensão dos limites presentes na lei – Código de Defesa do Consumidor.

5.1 Regulamentação da publicidade versus Censura

O principal raciocínio levantado pelos defensores do encadeamento da publicidade infantil é o de que a regulamentação dessa publicidade seria uma agressão à liberdade de expressão e equivalente, portanto, à censura.

A livre expressão encontra-se disciplinada no inciso IX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que estabelece ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. A publicidade é, antes de tudo, uma atividade empresarial. Pode-se considerar que algumas peças poderiam se encaixar na categoria de atividade intelectual ou artística, mas essas não são suas características principais (GONÇALVES, 2011).

Como ação empresarial destinada a promover o desenvolvimento da comercialização de produtos e serviços, a publicidade é legitimada pelo CDC, que indica limites para que essa atividade seja considerada permitida. Tem-se com relação à publicidade, primeiramente, que ela já é regulada pelo CDC sem prejuízos à liberdade de expressão (GONÇALVES, 2011).

A defesa do consumidor é, inclusive, um limite constitucional ao exercício da atividade empresarial, nos termos do art. 170, V, Constituição Federal de 1988. A publicidade, como expressão dessa atividade empresarial, deve ser limitada aos ditames do CDC (GONÇALVES, 2011).

Sobre a diferença entre regulamentação da publicidade e liberdade de expressão, nota-se que "não se confundem, como se vê, regulamentação da publicidade – que trata de uma ação empresarial com o objetivo de vender produtos e serviços e auferir lucro – com restrições indevidas à liberdade de expressão" (GONÇALVES, 2011).

A publicidade não só pode como é legitimada pelo CDC, resta evidenciar que o cuidado e, por consequência a regulação da publicidade infantil devem ser maiores para se atingir a eficácia esperada (GONÇALVES, 2011).

Primeiramente, basta considerar que a CF/88 estabeleceu no art. 227 "absoluta prioridade" para a proteção das crianças. O termo "absoluta prioridade", vale ressaltar, não é utilizado em nenhum outro artigo da Constituição. Assim, mesmo que a regulação da publicidade infantil gerasse atrito entre o princípio do melhor interesse da criança e outros como os da liberdade de expressão e livre iniciativa – atrito que não se observa como demonstrado anteriormente –, a proteção à criança deveria prevalecer, tendo em vista a CF/88 ter estabelecido absoluta prioridade à defesa dos direitos infantis (GONÇALVES, 2011).

A Convenção dos Direitos da Criança da ONU – no Brasil Decreto 99.710/90 – estabelece, em seu artigo 311, 1, que todas as ações relativas às crianças devem considerar, primordialmente, o seu interesse maior (GONÇALVES, 2011).

Portanto, resta que o arranjo jurídico nacional e internacional, da maneira em que se encontra hoje, permite a conclusão de que toda publicidade infantil pode ser considerada abusiva.

5.2 O Livre exercício da atividade publicitária e a sua disciplina constitucional

Nos ensinamentos Baudrillard (2007, p. 131) a atividade publicitária é peça fundamental na economia de mercado contemporânea, pois influência na definição de condutas sociais e não possui apenas perspectiva meramente econômica. E ainda relata:

> A publicidade revela-se talvez como o mais notável meio de comunicação de massas da nossa época. Assim como, ao falar de qualquer objeto, os glorifica virtualmente a todos, referindo-se igualmente à totalidade dos objetos ao universo totalizado pelos objetos e pelas marcas em virtude da menção de tal objeto ou de tal marca – assim também, por meio de cada consumidor, se dirige a todos os consumidores e vice-versa, fingindo uma totalidade consumidora, retribalizando os consumidores no sentido que McLuhan atribui à expressão, isto é, através de imanente cumplicidade e conluio, imediatos ao nível da mensagem, mas, sobretudo ao nível do próprio meio de comunicação e do código. Cada imagem e cada anúncio impõem o consenso de todos os indivíduos virtualmente chamados a decifrá-los, ou seja, depois de

> descodificarem a mensagem, a aderir automaticamente ao código em que ela for codificada"

Segundo Verstergaard (2000) a publicidade tem que atender a cinco requisitos: 1) chamar a atenção; 2) despertar o interesse; 3) estimular o desejo; 4) criar convicção; e 5) induzir à ação. Percebe-se então o direcionamento para uma finalidade meramente econômica. Portanto, o foco não é lograr lucro ou lograr vantagem econômica (PASQUALATO, 1997).

A lição doutrinária de Dias (2013, p. 21) fixa esse entendimento que o que distingue a publicidade é a finalidade econômica, ou seja, vincula a atividade a um fim específico:

> O objetivo econômico que se pretende provocar no ânimo do consumidor é inerente ao conceito de publicidade, motivo pelo qual essa técnica de incentivo ao consumo encontra-se regulamentada no Código de Defesa do Consumidor a fim de evitar possíveis abusos pelos fornecedores. Dar publicidade a uma mercadoria é, no âmbito das relações econômicas, muito mais do que tornar aquele produto de conhecimento geral, mas criar o interesse de aquisição no consumidor.

Já o objetivo da propaganda é a transmissão de ideias, não tem objetivo econômico, pode vir a ter reflexos econômicos (DIAS, 2013, p. 23).

Segundo a Carta Magna a publicidade é uma das espécies de promoção da atividade econômica. É expressão da livre iniciativa econômica, assegurada no art. 170:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I - soberania nacional;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII - busca do pleno emprego;
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Entender o art. 170 da Constituição é de extrema importância tendo em vista que em alguns momentos a publicidade pode ter características que evoquem a liberdade de expressão, ainda que de forma menos acentuada (SARMENTO, 2013).

O fundamento da atividade econômica é a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa e sua finalidade é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social contemplando os princípios nela mencionados, dentre eles o Código de Defesa do Consumidor que se reveste de conformador da ordem econômica (GRAU, 2007).

O cerne do debate é se a disciplina constitucional da publicidade concentra seu fundamento na livre iniciativa econômica ou na liberdade de expressão. Há um nítido duplo fundamento quando se fala em liberdade de expressão e é nisso que as empresas do mercado de consumo de apegam (PASQUALATO, 2012).

Mesmo que se admita esse duplo fundamento o direcionamento da atividade publicitária como liberdade de expressão por ser de alguma forma uma atividade intelectual, artística e de comunicação, tal legitimidade poderia colidir com outros direitos e liberdades fundamentais assegurados pela própria Constituição (BARROSO, 2001).

Este duplo fundamento da publicidade no direito brasileiro, fundado na liberdade de iniciativa econômica e na liberdade de expressão encontra acolhida na doutrina publicista, conforme anota Sarmento (2013, p. 275):

> [...] predomina o entendimento de que a propaganda comercial é também protegida pela liberdade de expressão. Sem embargo, tal como a pornografia, ela não se situa no epicentro deste direito fundamental – onde habitam o discurso político, artístico, religioso, científico, etc. –, mas numa zona mais afastada, em que a proteção constitucional é menos intensa. Daí por que podem ser aceitas restrições mais profundas à liberdade de expressão nesta seara, como as voltadas à proteção do consumidor, que também é tarefa constitucional (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF), dentre as quais sobressaem as presentes na Lei 8.078/90, que visaram a proscrever a publicidade disfarçada (art. 36), enganosa ou abusiva (art. 37). Outras restrições também são admitidas – há até caso de imposição constitucional de restrição (art. 220, §4º, da CF, a propósito da propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias) – em nome da tutela de bens jurídicos relevantes, como a saúde, o meio ambiente e a proteção da criança e do adolescente. Porém, é sempre necessário analisar a validade de cada medida restritiva, o que envolve tanto o respeito à reserva de lei formal, como o acatamento do princípio da proporcionalidade".

Com a afirmação acima percebe-se a necessidade da imposição de limites à atividade, bem como da proporcionalidade dos critérios que respalde estes limites, valorizando a necessidade de preservar a autonomia individual dos destinatários da informação para que principalmente as crianças tenham o direito de receber informação publicitária adequada (FARIAS, 2004).

Conclui-se assim, que a dupla fundamentação da publicidade atrai para si além da liberdade de iniciativa econômica, também a legitimidade constitucional da liberdade de expressão e demais liberdades comunicativas. Contudo, vincula-se aos direitos dos

destinatários da mensagem publicitária, ou seja, os consumidores potenciais terão no direito de acesso à mensagem publicitária e a proteção em relação à proibição de limitações desproporcionais ou arrazoáveis ao seu conteúdo (MACHADO, 2002).

Não pode a atividade publicitária lesar direitos fundamentais pois, é o exercício das liberdades que fundamentam o exercício desta atividade de fins econômicos. É necessário exigir uma conformação com os demais direitos e liberdades fundamentais como forma de prevenção de colisão de tais direitos (MARQUES, 2014).

A imposição de limites à publicidade prescinde da identificação das justificativas e qual a legitimidade constitucional. É importante ressaltar que as limitações se respaldam tanto no que tange a proteção dos consumidores como a proteção da criança e do adolescente que a rigor são sujeitos vulneráveis e merecedores da proteção dos seus direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988 pelo Estado (MARQUES, 2014).

Os normas de proteção ao consumidor e à criança são provenientes de mandamento constitucional. A proteção da criança em relação à publicidade tem lugar, no direito brasileiro vigente, na proibição que o Código de Defesa do Consumidor que estabelece à publicidade abusiva como sendo aquela que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, ainda que em caráter não exaustivo (NOGUEIRA, 1996).

Na autorregulamentação publicitária também se reconhece a necessidade de proteção à criança. Em seu art. 37, do Código de Autorregulação Publicitária identifica-se a publicidade abusiva baseada no reconhecimento do abuso em face da exploração da deficiência de julgamento e da experiência da criança.

Jacobina (1996, p. 98) observa por fim que de fato, é lícito à publicidade utilizar-se de "símbolos próprios o imaginário das crianças", como animais que falam, fadas e coisas que tais. Deve-se evitar, porém, mensagens que levem a criança à 'se sentir diminuída ou menos importante caso não consuma o produto ou serviço oferecido, ou que a leve a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros, ou promover comportamentos socialmente condenáveis à criança'. Ou seja, respeitá-la na sua ingenuidade e credulidade.

5.3 A competência regulamentar do CONANDA e a constitucionalidade da Resolução nº 163/2014

Os setores da comunicação publicitária sentiram-se atingidos pelo conteúdo da mencionada Resolução n. 163. Principalmente com o fato da edição derivar de órgão normativo de proteção aos direitos da criança e do adolescente para disciplinar matéria de atividade econômica. O Conselho Nacional dos Direito da Criança e do Adolescente como já mencionado e foi criado pela Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991 e tem sua competência fixada no art. 2º

desta mesma lei.

Os arts. 86 e 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente, discorrem sobre a política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente. Os direitos aclamados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente visam promover direitos fundamentais para o público infanto-juvenil, cuja competência para elaboração de normas gerais pertence ao CONANDA. Com isso, infere que a interpretação combinada do art. 87, I, do ECA, combinado com o art. 2º, I, da Lei 8.242/91, confere competência para este órgão editar normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (MIRAGEM, 2014).

Das informações acima subtraem-se duas questões: a primeira se teria o CONANDA competência para dispor sobre a matéria que tem resultado direto no mercado de consumo e sobre a condução dos agentes econômicos e a segunda no que tange a análise da norma, se essa teria eficácia.

Para saber responder a primeira questão faz-se necessário entender os limites da competência do CONANDA e para isso é importante definir o que seria competência. Neste sentido Cirne Lima (1987, p. 139) ressalta que competência, é a medida de poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada. O CONANDA é órgão deliberativo (art. 88, II, do ECA), com competência normativa (art. 2º, I, da Lei 8.242/1991), vinculado à política de atendimento aos direitos da criança e o da adolescente (LIMA, 1987, p. 139)

A política de atendimento do Conanda, ocupa-se de prestações do Estado para resguardar, educar e formar crianças e adolescentes, gerir os fundos públicos para este fim, promover os direitos, bem como ações de prevenção da sua violação.

Contudo, a resolução avança sobre a política de mercado de consumo o que exige cautela mesmo com a competência conferida aos entes federados- pessoas jurídicas de direito público, órgãos com competências específicas e integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor para regulamentar as práticas do mercado de consumo.

Não se deve esquecer o que já fora mencionado nos arts. 70 e 71, do Estatuto da Criança e do Adolescente que é:

> dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. [...] Art. 71. A criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (BRASIL, 1990).

E nem o que também já foi discutido no art. 1º da Resolução nº 163 do CONANDA que define nesse artigo o seu âmbito de abrangência: Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a

abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente prevista nos arts. 86 e 87, incisos I, III, V, da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 2014).

Apenas lei em sentido formal pode estabelecer limite ao exercício da atividade publicitária. A Constituição, especificou expressamente a exigência de lei formal em seu art. 220, §3º, inciso II, ela especificou também que é competência privativa da União legislar sobre propaganda comercial (art. 22, XXIX, da Constituição de 1988).

Contudo, o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que é espécie de lei em sentido formal e bem define dentre algumas espécies informadoras do conceito de abusividade da publicidade, assinalando, dentre outras, aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. A problemática incide no fato de saber se a Resolução em questão pode ser entendida como espécie de regulamentação disposta em lei, uma vez que especializa seu conteúdo, no exercício da competência regulamentar que lhe outorga a Lei 8.242/91 (MIRAGEM, 2014, p. 28).

Todavia, a estrutura da norma regulamentar, ao distinguir publicidade e comunicação mercadológica, prevê duas situações distintas. No art. 2º da Resolução, há a definição da abusividade quando houver a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço com a utilização, dentre outras, de alguma das estratégias que pontua (MIRAGEM, 2014, p. 28).

No art. 2º da Resolução nº 163 do CONANDA, pode-se retirar duas informações: a primeira no que se refere a orientação da publicidade e comunicação mercadológica à criança, com a intenção de seduzi-la; e a segunda discorre sobre o uso de estratégias enumeradas na norma. É importante frisar novamente que não há proibição para o uso de tais informações. O que há é a reunião de informações publicitárias direcionadas as crianças mais a finalidade de persuadi-la, mais a utilização de uma das estratégias enumeradas, dentre outras.

Certo é que a exatidão dos critérios que integram o rol do art. 2º da Resolução, não se submete a um escrutínio em que o jurídico seja predominante, senão que, para seu esclarecimento, é imprescindível o auxílio de conhecimentos especializados de outras áreas do saber. Todavia, não se perca de vista que se trata de critérios complementares para apreciar o que significa aproveitar-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, conforme previsto no comando normativo (MIRAGEM, 2014, p. 29-30).

Assim, por exemplo, se a utilização das estratégias enumeradas se dá em publicidade não direcionada a crianças, não se completam os critérios para que se caracterize a abusividade. E não se diga que não ocorre. Há publicidade apreciada por crianças, mas que não é necessariamente direcionada a elas, não busca persuadi-las, mas a seus pais ou responsáveis.

De grande utilidade, igualmente, colher o entendimento de Silva (2012. p. 27-28), da Universidade de São Paulo, em parecer oferecido à ora consulente, em relação à constitucionalidade da restrição de publicidade de alimentos e bebidas não alcoólicas prejudiciais à saúde, voltada ao público infantil. Observa o jurista:

> No caso da publicidade dos produtos aqui analisados, são várias as possibilidades de configuração de restrições. As mais promissoras delas são aquelas que não proíbem a publicidade de nenhum produto específico, proibindo apenas que a publicidade desses produtos seja dirigida às crianças. Nenhum desses produtos – gêneros alimentícios e bebidas – são produtos consumidos apenas por crianças. Assim, a publicidade dirigida aos adultos pode continuar livremente, afinal de contas, são os adultos, e não as crianças, que são consumidores no sentido técnico-jurídico da palavra. É esse público – os adultos – que deve ser o alvo da publicidade. Contudo, e como se sabe, não é essa a situação atual da publicidade no Brasil. A publicidade dos produtos aqui analisados dialoga com as crianças, usa personagens do imaginário infantil, é veiculada nos intervalos de programas infantis, assistidos quase que exclusivamente por crianças. Diante disso, e como já se afirmou, são possíveis diversas configurações mais restritivas do que a situação atual. Seria possível, por exemplo, restringir a publicidade de alguns produtos aos horários em que praticamente só os adultos seriam atingidos (como o faz a Grécia), ou proibir o patrocínio comercial de programas infantis (como o fazem a Finlândia, a Dinamarca e a Suécia), ou restringir ou vedar publicidade de todos ou alguns produtos durante ou logo antes ou logo após programas de TV dirigidos acrianças (como o fazem a Áustria, o Reino Unido, a Austrália e a Bélgica), ou vedar o uso, na publicidade voltada à criança, de personagens do imaginário infantil ou de apresentadores de programas infantis (como o fazem a Holanda, a Finlândia e a Dinamarca), ou proibir a publicidade de alguns tipos de brinquedos (como o fazem a Alemanha e a Dinamarca), ou restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de determinados alimentos (como o faz o Reino Unido) ,ou mesmo restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de qualquer produtos (como o fazem a Suécia e a Noruega), dentre várias outras medidas possíveis.

Frise-se: o direito brasileiro não proíbe a publicidade dirigida à criança. Todavia, proíbe, em homenagem à proteção dos direitos fundamentais de proteção da criança (art. 227 da Constituição de 1988), e de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição de 1988), a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança (MIRAGEM, 2014, p. 32).

Um primeiro aspecto a ser destacado é a distinção que a norma opera entre publicidade e comunicação mercadológica, o que se traduz pelo texto expresso nos parágrafos deste mesmo art. 1º, que definem:

> § 1º Por 'comunicação mercadológica' entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.
> § 2º A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas.

Destaca-se, contudo, a ausência de referência expressa ao termo comunicação mercadológica no Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, ao prever a conduta na norma regulamentar, detalhando critérios que devem ser observados no exercício da atividade negocial, estaria o CONANDA excedendo sua competência regulamentar?

A resposta a esta dúvida passa pela exata compreensão de qual o sentido da expressão publicidade nos termos em que estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. E da mesma forma, se apenas nela concentra-se a proteção endereçada pelo Código de Defesa do Consumidor às crianças e adolescentes (MIRAGEM, 2014, p. 36).

Em relação à segunda questão, parece claro que não é assim. O art. 39, do Código de Defesa do Consumidor, ao proibir as práticas abusivas pelo fornecedor, estabelece no rol de condutas vedadas, em que expressamente se percebe do inciso IV: "prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços".

Ora, a proteção neste caso, embora não seja endereçada exclusivamente à criança e ao adolescente (como também aos idosos, doentes, por exemplo), há toda evidência que deles é abrangente. Define, assim, uma conduta vedada, sem delimitar necessariamente os meios concretos de sua realização, pelo que promove a compreensão de que qualquer meio do qual o fornecedor se utilize para prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, dentre outros critérios, em razão de sua idade, é proibido expressamente por lei (MIRAGEM, 2014, p. 36).

Dias (2013, p. 23) é precisa a este respeito. Ao tempo em que expõe a distinção técnica entre a publicidade, a promoção de vendas e o marketing, aduz que:

> Essas diferenças, tão bem delineadas pelos estudiosos do marketing, parecem, porém, em nosso sentir, meramente formais para efeito de proteção jurídica do consumidor, pois como dissemos, o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se com ambas as técnicas de marketing. Assim regulamentou o Código a publicidade comercial em seu sentido mais amplo (qualquer informação de caráter publicitário – art. 37) e ainda estipulou normas específicas às promoções de vendas ao arrolar extenso conjunto de práticas comerciais abusivas (art. 39). Também tornou a oferta publicitária vinculante ao fornecedor, quando divulgar informação suficientemente precisa das condições de contratação (art. 30)

Já em relação ao conceito jurídico estrito de publicidade, vejam-se os sentidos da expressão admitidos pela doutrina nacional. Antônio Herman Benjamin, um dos primeiros juristas a examinar o tema, recolhe algumas definições do direito comparado. Percebe, pois, que a publicidade é referida como toda a informação dirigida ao público com o objetivo de promover direta ou indiretamente, uma atividade econômica (DIAS, 2013, p. 23).

Também como o conjunto de comunicações controladas identificáveis ou persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa (COHEN, 1986, p. 306) ou ainda, como o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo o cliente (COHEN, 1986, p. 306).

Quando define comunicação mercadológica, o art. 1º, da Resolução n. 163 do CONANDA menciona toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado. Neste sentido, percebe-se que há na norma regulamentar em questão, referência à publicidade, assim como há a toda e qualquer atividade de divulgação, independente do suporte, da mídia ou do meio. Isso porque, o que se está a regulamentar são condutas expressamente proibidas por lei; no caso, a publicidade abusiva e modalidade de prática abusiva, previstas respectivamente, nos arts. 37, §2º, e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, em vista da proteção da criança e do adolescente (PASQUALOTTO, 1997, p. 25).

Dentre as condutas vedadas, quando se aproveitem da deficiência de julgamento e experiência da criança, ou prevaleçam-se de sua fraqueza ou ignorância em razão da idade, menciona exemplificativamente anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas (MARQUES, 2014, p. 853).

E quais os limites da norma regulamentar, uma vez que ao prever critérios para interpretação da lei proibitiva, o faz indicando práticas que não estão especificadas na lei? Em outros termos, pode a norma regulamentar dizer mais do que a lei? O quanto mais? A resposta a esta indagação só pode ser afirmativa. Afinal, qual a utilidade do regulamento se de seu texto resultasse a estrita reprodução dos termos da lei. Sobre o tema sustenta Miragem (2014, p. 40):

> Da relação entre lei e regulamento no direito brasileiro, neste contexto, deverá considerar a sensível expansão da atividade normativa da Administração Pública, sobretudo em face de suas novas missões constitucionais em vista da prestação de serviços públicos à população e do incremento técnico da ação administrativa. Os limites do exercício desta competência normativa permanecem residindo na lei,

> contudo sob o critério seguro da Constituição, especialmente no tocante à proteção dos direitos e liberdades individuais (MIRAGEM, 2013, p. 40).

Desta visão útil do regulamento, que ademais incorpora o fim de promover a própria efetividade da norma – no caso da proibição da abusividade da publicidade ou da prática comercial de modo a prejudicar crianças e adolescentes – não se descuida que contenha disposições distintas, desde que estas estejam expressa ou implicitamente permitidas pela lei (LEAL, 1960, p. 99-100).

Não é desconhecido que o Estado pode, com o propósito de realizar seu dever de proteção de direitos fundamentais, limitar excessivamente outros direitos e liberdades. Trata-se do que normalmente denomina-se proibição do que toma a proporcionalidade da limitação como critério para exame de sua conformidade ao Direito (SILVA, 2002, p. 23). Por outro lado, contudo, estudos recentes observam, também, que da mesma exigência de proporcionalidade resulta a proteção dos titulares de direitos fundamentais contra a inefetividade da ação estatal na consecução deste objetivo. Aqui se trata da proibição da proteção insuficiente do direito, ou simplesmente proibição da insuficiência (SILVA, 2002, p. 23).

A rigor, o Poder Legislativo, no exercício de sua liberdade de conformação de um direito fundamental, o Poder Executivo, por intermédio de sua competência regulamentar, e mesmo o Poder Judiciário, podem impor restrições excessivas, assim também como frustrar o conteúdo mínimo de proteção do direito, uma vez violada a exigência de proporcionalidade (MENDES, 1999, p. 37).

Com isso, não se desconhece no sistema brasileiro o sistema privado de autorregulamentação publicitária, promovido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Contudo, trata-se de sistema privado, sob o fundamento associativo que reúne anunciantes, veículos de comunicação, publicitários e fornecedores em geral. No caso, se tem a aplicação da lei como um dever do Estado (art. 5º, XXXII e art. 227), que não elimina os esforços da sociedade, mas não conduz, sob qualquer argumento, à renúncia de competências estatais.

Pelo contrário, não se percebe pela ação do CONAR, especificamente no tocante ao tema da publicidade infantil, e, ademais, sobre práticas comerciais abusivas – que abrangem objeto que extravasa sua finalidade associativa – a atuação efetiva na proibição de condutas que se caracterizem como aproveitamento da deficiência de julgamento ou experiência da criança, e ainda, de sua fraqueza e ignorância. A mera existência do CONAR, desse modo, não elimina

a necessidade de conferir-se efetividade a limites, afinal, definidos em lei (CARVALHO, 2014, p. 181).

Observa Carvalho (2014, p. 181):

> a partir do exame da estrutura do controle da publicidade infantil no Brasil, constata-se que o controle da publicidade exercido pelos órgãos públicos possibilitou uma atuação mais direta e efetiva no combate às práticas lesivas aos direitos dos consumidores, inclusive das crianças, especialmente por meio da propositura de ações civis públicas. Ainda, que o controle privado exercido pelo Conar, apesar de relevante por desestimular a difusão de publicidade antiética, não ressai satisfatório, tendo em vista a falta de coercitividade de suas decisões, bem como considerando a ausência de um controle prévio das mensagens publicitárias, a exemplo do que é realizado em Portugal, Espanha e Reino Unido, dentre outros países".

Nestes termos, atende-se à exigência de proporcionalidade da regulamentação dos limites previstos em lei. Invocando os três critérios usualmente indicados para aferição da proporcionalidade da medida, quais sejam: a conformidade ou adequação de meios; a exigibilidade ou necessidade da medida e a proporcionalidade em sentido estrito (adequação entre meios e fins.

Ou seja, nas lições de Canotilho (1998, p. 262):

> a) trata-se de medida adequada aos fins a que se destina (evitar o aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança, ou prevalecer-se da fraqueza ou ignorância de crianças e adolescentes para impingir-lhe produtos ou serviços), considerando que a ausência de critérios vem prejudicando e restringindo a efetividade dos limites definidos em lei;
> b) trata-se de medida necessária para atingir estes mesmos fins, considerando que não se percebe da realidade atual do Brasil, em que sobram exemplos de canais de televisão específicos para o público infantil, que não diferenciam sua programação ordinária e a publicidade veiculada nos respectivos intervalos; ou de personagens infantis oferecendo produtos e serviços prejudiciais a crianças e adolescentes; a efetividade da aplicação das normas impositivas de limites. Estas, ao contrário, sustentam hoje, distintas interpretações que prejudicam sua efetividade, seja pela aplicação estatal da lei, seja pelo sistema de autorregulamentação (este último, ademais, cujo controle não tem a mesma abrangência, como se viu).
> c) trata-se de medida que se caracteriza como meio menos gravoso, uma vez que, conforme se percebe, não institui proibição da publicidade ou de outras práticas comerciais direcionadas a consumidores crianças ou adolescentes, mas apenas define critérios para interpretação de limites a estas iniciativas, previstos em lei.

Percebe-se, que não se tem demonstrado que a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente tendo sido editada por órgão competente, regulamentando limites à atividade publicitária e negocial definidos em lei, extravasa a exigência de proporcionalidade que se exige da norma limitadora. Ademais, considerando que os critérios que pronuncia conformam o sentido que a lei confere à liberdade de iniciativa econômica e de expressão publicitária, cuja conciliação com a defesa do consumidor e dos

direitos da criança e do adolescente é impositivo constitucional (MIRAGEM, 2014, p. 47).

Desse modo, entende-se que é constitucional a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que definem critérios para a interpretação e aplicação dos arts. 37, §2º e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, em vista da proteção do interesse da criança e do adolescente, a serem assegurados com absoluta prioridade, nos termos do art. 227, da Constituição de 1988 (MIRAGEM, 2014, p. 47).

6 CONCLUSÃO

Demonstrou-se, através desse trabalho, que as propagandas direcionadas às crianças prejudicam, segundo os ensinamentos de Piaget, o seu desenvolvimento psicológico e social. Os meios de comunicação precisam adotar posicionamentos de modo a proteger as características singulares das crianças como especificadas em cada um dos estágios do desenvolvimento cognitivo para que assim a visão da criança acerca da sociedade em que está inserida não seja deturpada.

Promover a publicidade dirigida às crianças voltada à iniciação prematura na vida adulta para o consumo, construir princípios pautados no reconhecimento do indivíduo através do que eles possuem, eliminando aquelas que não possuem acesso aos bens de consumo e inseri-las precocemente no mercado laboral é retirar dessas o direito de serem tratadas como indivíduos ainda em evolução, os quais necessitam que em cada etapa desse seja respeitado seu ritmo e suas singularidades.

Esse grupo de vulneráveis são seduzidos e alienados pelo mercado midiático que os veem apenas como consumidores potenciais. A televisão é a principal disseminadora de conteúdos e mensagens que visam o consumo excessivo. Esse tipo de consumo promove a alteração de valores ou as convergem para novos valores que não fazem uso da ética ou da moral como norte, ou seja, esse padrão de consumo é irreal para a maioria das crianças.

Porém, mais importante é o fato de que dentro dessa prática estão milhares de crianças e jovens que se encontram mergulhados na lógica do mercado, sendo continuamente instigados ao consumismo. Essa indução é diretamente proporcional à quantidade de estímulos recebidos pelo indivíduo através da televisão e de seus conteúdos.

As crianças e adolescentes não se encontram em condições de exigir tais direitos dos adultos e não são capazes ainda, de prover suas necessidades básicas sem prejuízo do seu desenvolvimento pessoal e social, cabendo, portanto, a esses três pilares (família, sociedade e Estado) a tutela do seu desenvolvimento.

Os pais ou responsáveis, educadores e a sociedade de modo geral devem se preocupar com a influência das mídias na educação das crianças e jovens. Uma das propostas desse trabalho foi discutir se os diplomas legais nacionais – Constituição, leis (Código de defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente) e regulamentos – Resolução nº 163 do CONANDA, o diploma internacional – Convenção da ONU sobre os direitos das crianças além do Código de Ética dos Profissionais de Propaganda e o Código de Autorregulação Publicitária combatem a publicidade abusiva voltada ao público infantil.

Por meio dessa análise constatou-se que no Brasil o controle do amparo das crianças é misto, e é feito por órgão privado – o CONAR, e pela administração pública, através de legislações esparsas, ou quando muito análises casuísticas subjetivas pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal, apesar de apresentar a doutrina da proteção integral, do Estatuto da Criança, do Código de Defesa do Consumidor apresentarem legislações que tratam de maneira lacunosa a relação da publicidade e direitos infantis, isto é, não há legislação que trate de maneira eficaz e específica da publicidade direcionada ao público infantil até a edição da Resolução nº 163, de 13 de março de 2014 editada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) regulamentou os interesses das crianças para a construção de uma sociedade mais equilibrada, saudável e sustentável.

Essa Resolução agiu no combate à publicidade abusiva infantil pois fixou uma única voz que estabeleceu os comandos a serem seguidos sob a égide da lei, o que sem dúvida facilitou a fiscalização da publicidade abusiva, a fim de proporcionar a garantia à proteção dirigida à criança. Estabeleceu de maneira clara para as empresas quais são as atitudes a serem evitadas quando da produção de peças publicitárias. Tal constatação responde ao primeiro objetivo específico desta pesquisa, que era o de analisar se houve avanços após o advento da Resolução nº 163, de 13 de março de 2014 editada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) no combate à publicidade abusiva infantil.

Ao definir o que deve ser considerado como propaganda abusiva, atua de maneira decisiva na proteção dos direitos de crianças e adolescentes auxiliando o Estado e a sociedade a verificar e tomar as medidas cabíveis para o fim do abuso publicitário.

Quando debateu-se sobre a constitucionalidade da Resolução nº 163 do CONANDA restou demonstrado que ela foi editada por órgão competente, regulamentando limites à atividade publicitária e negocial definidos em lei, e que não extravasa a exigência de proporcionalidade que se exige da norma limitadora.

Ademais, considerando que os critérios que pronuncia conformam o sentido que a lei confere à liberdade de iniciativa econômica e de expressão publicitária, cuja conciliação com a defesa do consumidor e dos direitos da criança e do adolescente é impositivo constitucional.

Desse modo, entende-se que é constitucional a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que definem critérios para a interpretação e aplicação dos arts. 37, §2º e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, em vista da proteção do interesse da criança e do adolescente, a serem assegurados com absoluta prioridade, nos termos do art. 227, da Constituição de 1988, portanto, o segundo objetivo desta pesquisa também foi respondido de forma positiva.

O principal raciocínio levantado pelos defensores do encadeamento da publicidade infantil é o de que a regulamentação dessa publicidade seria uma agressão à liberdade de expressão e equivalente, portanto, à censura. Basta considerar que a CF/88 estabeleceu no art. 227 "absoluta prioridade" para a proteção das crianças.

O termo "absoluta prioridade", vale ressaltar, não é utilizado em nenhum outro artigo da Constituição. Assim, mesmo que a regulação da publicidade infantil gerasse atrito entre o princípio do melhor interesse da criança e outros como os da liberdade de expressão e livre iniciativa – atrito que não se observa como demonstrado anteriormente –, a proteção à criança deveria prevalecer, tendo em vista a CF/88 ter estabelecido absoluta prioridade à defesa dos direitos infantis. Resta também refutada a possibilidade de ofensa ao direito de liberdade de expressão com a regulamentação da publicidade infantil, terceiro objetivo específico desta pesquisa.

Assim, deve-se repensar a educação na mídia e debater a eficácia de direitos já assegurados, para que seja alcançada a reversão ou minimização deste quadro. Ademais, a sociedade pode buscar a consolidação dos direitos da criança através da atuação do Ministério Público por meio da ACP, bem como estimular a sociedade civil organizada, por exemplo o Instituto Alana, ou ainda realizando denúncias ao CONAR.

Outras medidas a longo prazo como estimulo à criação de políticas públicas voltadas para o público infantil são também de significativa importância. Deve-se exigir a adequação do material destinado ao público infantil, almejando um enfoque diverso, que não seja meramente mercadológico, mas sim voltado à perpetuação da integridade física e psicológica dos futuros cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, p. 11-38, 2005.AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 22.

ANDRADE, Anderson Pereira de. A Convenção sobre os Direitos da Criança em seu Décimo Aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. v. 3, p. 37-52, jan/jun de 2000.

BAGATINI, Idemir Luiz. Os efeitos da oferta e da publicidade nas relações de consumo. **Direito em Debate**, Ijui: Ed. Unijui, n. 1, 2005.BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007.

BAUDRILLARD, Jean. **O sistema dos objetos**. São Paulo: Perspectiva, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BRASIL, **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990:** Código de defesa do consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em 25 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf220a224.htm >. Acesso em: 19 janeiro. 2015

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 19 janeiro. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Resolução nº 163**. Brasília: CONANDA, 2014.

BROKAMP, Elys Gonçalves da Cunha. **Temas de Direito do Consumidor.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 201.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Diógenes Farias; OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Revista de direito do consumidor,** São Paulo, v. 94, jul.-set. 2014, p. 181.

COELHO, João G. Lucas. **Estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003, p. 36.

CONAR. **Cidadãos responsáveis e consumidores conscientes dependem de informação (e não da falta dela)**. 2012. Disponível em: <http://www.conar.org.br/conar-criancas-e-adolecentes.pdf > Acesso em: 20 jan. 2006.

CONAR. **Código de Auto-Regulamentação Publicitária**. 1980. Disponível em Acesso em: 20 jan. 2016.

CORRÊA, Gisleine Bartolomei Fregoneze. **Contribuições ao estudo da adoção de produtos/marcas por meio de comportamentos imitativos: uma investigação com o consumidor infantil**. 2009.Tese (Doutorado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; GARCÍA MENDEZ, Emílio (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 26.

DINIZ, Célia Regina; BARBOSA, Iolanda da Silva. **Metodologia científica**. Campina Grande: UEPB; Natal: /UFRN, 2008.

FALSARELLA, Christiane. O impacto da Convenção sobre os direitos da Criança no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 21, p. 410, abr/jun de 2013.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação:** Teoria e proteção constitucional. São Paulo: RT, 2004, p. 179.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 5. ed. São Paulo Atlas, 1999.

GONÇALVES, T. A. A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor. **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo,** v. 4, n. 14, p. 121-147, Curitiba, jun. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de** 1988. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 260.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 36.

IBGE. **Censo demográfico 2001.** Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2011.

IGLESIAS, Fabio; CALDAS, Lucas Soares; LEMOS, Stela Maria Santos de. Publicidade infantil: uma análise de táticas persuasivas na TV aberta. **Psicol. Soc.,** Belo Horizonte, v. 25, n. 1, 2013 . Disponível em: Acesso em: 4 abr. 2015.

INSTITUTO ALANA. **Por que a publicidade faz mal para as crianças**. São Paulo. 2009. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2015.ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12ª. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 98.

JUNIOR, Cirilo; LAGE, Janaina. **Cresce o número de domicílios com DVD, TV e máquina de lavar, diz IBGE**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/795265-cresce-o-numerode-domicilios- com-dvd-tv-e-maquina-de-lavar-diz-ibge.shtml>. Acesso em: 17 Out. 2014.

LEAL, Victor Nunes. Delegações legislativas. In: LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 100.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e ato infracional**. Medida socioeducativa é pena? São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Ana Karmen G. **Consumo e Sustentabilidade**: Em Busca de Novos Paradigmas Numa Sociedade Pós-Industrial; Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE, 2010

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1987.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: RT, 1987.

LINN, Susan. **Crianças do consumo**: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006. 322 p.

LIPOVETSKY, Gilles **A felicidade paradoxal:** ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das letras, 2007

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão:** Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2003. p. 388-290

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 131 e ss.

MASQUETTI, Maria Helena. **Parecer Psicológico Sobre o Outdoor da Grife Lilica Ripilica – Empresa Marisol S.A**. Disponível em: http://www.alana.org.br>. Acesso em: 22 nov. 2014.

MEIRA, Ana Marta. **Benjamin, os brinquedos e a infância contemporânea**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000200006>. Acesso em: 02 nov. 2014.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 123-131, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 37.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 126.

MIRAGEM, Bruno. **A constitucionalidade da resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. 2014. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf> Acesso em: 22 nov. 2015.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 15-16.

NUNES, Luiz Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 258.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, C.L.; FISBERG, M. Obesidade na infância e adolescência: uma verdadeira epidemia. **Arquivos Brasileiros de Endocrinologia e Metabologia,** v.47, n.2, p.107-108, 2003. Disponível em: Acesso em: Acesso em: 30 jun. 2015.

OLMOS, Ana. **O abuso do merchandising televisivo dirigido à criança**: argumentos da Psicogenética. Disponível em:< http://portalmultirio.rio.rj.gov.br/portal/riomidia/rm_materia_conteudo.asp?idioma=1&idMenu=5&label=Artigos&v_nome_area=Artigos&v_id_conteudo=65455 >. Acesso em: 20 dezembro 2014.

ONU. **Convenção dos Direitos da Criança**, adotada em 20 de novembro de 1989.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC**. São Paulo: RT, 1997, p. 24-26;

PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade do tabaco e liberdade de expressão. **Revista de Direito do Consumidor,** v. 82, p. 11, abril-junho/2012.

PEREIRA, Lais Fontenelle. **De olhos bem quadrados:** A publicidade na TV e seus impactos na formação de crianças. Disponível em: http://www.Alana.org.br/CriancaeConsumo/bibkioteca.aspx?v=1&art=96.Acesso em: 18 set. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.24-25.

RIBEIRO, Débora Cristina B.; EWALD, Ariane Patrícia. Ética e publicidade infantil. **Comunicação & Inovação,** São Caetano do Sul, v. 11, n. 20, p. 68-76, jan-jun, 2010. Disponível em: Acesso em: 30 jun. 2014

RODRIGUES, Cintya Silveira. **Mercantilização da infância:** o impacto da publicidade Televisiva no Consumo Infantil na Contemporaneidade. Maringá, 2011. 39 p. Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Pedagogia, Universidade Estadual de Maringá, 2011.

ROSA, Thainá Monteiro. **Regulamentação da Publicidade Infantil Brasileira**. Brasília-DF, 2015. 41 p. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Tecnologia e Ciências Sociais Aplicadas - FATECS, Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, 2015.

ROSSATO, Luciana Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

SAMPAIO, Inês Silva Vitorino. **Televisão, publicidade e infância**. São Paulo: Annablume; Fortaleza: Secretaria de Cultura e Desporto do Estado do Ceará, 2000.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito penal Juvenil**: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas. 2.ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275.

SARMENTO, Daniel. **Comentários ao art. 5º, IX da Constituição do Brasil**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275.

SILVA, Lorena Luiz Alexandre. "Publicidade abusiva e a Resolução 163/2014 do CONANDA: Novas Perspectivas para a publicidade direcionada à criança e ao adolescente"; **Ministério Público do Rio Grande do Norte, Revista Eletrônica Jurídico-Institucional**, ano 4, n. 2, jul. 2014. Disponível em:

http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1071. Acesso em 11 ago. 2015.

SILVA, Patrícia Ivone, et al. **Proteção à criança e ao adolescente**: ensaio crítico sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Conselheiro Lafaiete – MG. **Revista Athenas**, v. I, ano 3, jan-jul, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, abr. 2002.

SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, n. 43, p. 178-191, 2002.

TEIXEIRA, Níncia Cecília Ribas Borges. Discurso publicitário e a pedagogia do gênero: representações do feminino. **Comunicação, mídia e consumo,** São Paulo, v. l, n. 6, p. 37-48, nov. 2009. Disponível em: <http://revistacmc.espm.br/index.php/revistacmc/article/view/165>. Acesso em: 22 jan. 2014.

TRINDADE, Christiane Coutheux. **A interferência de Alterações Sociais Sobre o Comportamento do Consumidor Infantil**. São Paulo, 2002.

VALOIS, Bertha Lilia e Silva. **Publicidade Dirigida à criança:** a necessidade de uma regulamentação específica. Pernambuco, 2013. 129 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Mestrado em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciane de Cássia Policarpo. **Educação versus Punição:** a educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008.

VERSTERGAARD, Torben; SCHRODER. Kim. **A linguagem da propaganda**. Trad. João Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VIGOTSKY, Lev.Semenovich; LURIA, Alexander Romanovich; LEONTIEV, Alexis. **Linguagem, Desenvolvimento e Aprendizagem**. São Paulo: Icone Editora & Editora da USP, 1988.

YAMAGUCHI, Lilian Harumi. **Artefatos e práticas na construção de subjetividades heteronormativas.** Bauru, 2011. Disponível em: <http://www.ufscar.br/cis/wpcontent/uploads/SubjetividadesHeteronormativas-LilianYamaguchi1.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2015.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

VITOR SOUZA BORGES

História da violência nas prisões segundo Michel Foucault

Brasília/DF
2016/1

VITOR SOUZA BORGES

História da violência nas prisões segundo Michel Foucault

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Miguel Iván Mendonça Carneiro

Brasília/DF
2016/1

Dedicatória

A Deus dedico esses estudos.
Por me incentivar e me apoiar, dedico minha
graduação à minha mãe, Karla.
E ao meu irmão, Gabriel, por toda a ajuda.

Resumo

O objetivo deste trabalho é analisar a violência nas prisões a partir do pensamento de Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*, de 1975. O exame de seu raciocínio se dá pelo avanço capítulo a capítulo, estabelecendo as mesmas conexões lógicas e históricas que o original propõe acerca dos binômios criminalidade/delinquência, repressão/punição pós século XVIII. A contribuição de seus comentadores será abordada de acordo com o seguimento do progresso pelos capítulos do livro. Um enfoque especial é dado para os aspectos jurídicos e a legislação penal amplamente documentada na obra, sem, entretanto, se exaurir do olhar antropológico indissociável com que Foucault imbui sua narrativa. A estrutura monográfica – réplica da estrutura capitular do original ora analisado – se dá conforme segue: primeiro capítulo, intitulado *Suplício*, aborda as penas de suplício comumente aplicas no século XVIII; segundo capítulo nomeado *Punição* remete ao abrandamento das penas em relação ao suplício; terceiro capítulo *Disciplina* retrata o "adestramento humano"; quarto capítulo *Prisão* integra o que foi abordado anteriormente, especialmente em *Suplício* e *Disciplina*, com o sistema prisional; vencido tal percurso imanente, pode-se concluir que a história da violência nas prisões está em constante evolução com a tendência para que as medidas correcionais tornem-se mais "humanas".

Palavras-chave: Direito penal. História. Prisão. Foucault.

SUMÁRIO

Introdução **6**

Capítulo 1 – Suplício **8**

1.1 O corpo dos condenados **8**

1.2 A ostentação dos suplícios **12**

Capítulo 2 – Punição **20**

2.1 A punição generalizada **20**

2.2 A mitigação das penas **24**

Capítulo 3 – Disciplina **28**

3.1 Os corpos dóceis **28**

3.2 Os recursos para o bom adestramento **32**

3.3 O panoptismo **35**

Capítulo 4 – Prisão **40**

4.1 Instituições completas e austeras **40**

4.2 Ilegalidade e delinquência ***42***

4.3 O carcerário ***46***

Considerações finais **48**

Referências **50**

ANEXO A – Biografia de Michel Foucault **52**

Introdução

O presente trabalho visa o estudo da história das prisões, segundo Michel Foucault, embasado por sua célebre obra *Vigiar e Punir*. O desenvolvimento das prisões é analisado desde o momento das penas de suplício, as quais hoje consideradas cruéis e ilegais, outrora atendiam os anseios sociais, até o advento das prisões, propriamente ditas, hoje entendidas como brandas, em relação ao passado, vislumbrando o gérmen moderno dos direitos humanos, implementando conceitos cada vez mais requintados, a exemplo do panóptico.

É tratado o fato de como o indivíduo é moldado e sua utilidade extraída transformando-o assim em um ser "útil e dócil" à sociedade. É observado que a legalidade das penas é desenvolvida conforme o contexto histórico e social pertinentes à época em questão, devido a todas mudanças que abrangem o espectro antroposocial, a exemplo do romantismo do século XIX, elemento que contribuiu para uma "humanização" da pena.

A problemática abordada nesta monografia é a criminalidade, como combatê-la, motivo esse que é um grave problema à sociedade humana e para as autoridades públicas. Desde os tempos remotos até hoje em dia tem-se um sistema judiciário organizado de forma coercitiva que pune incisivamente, porém adequado ao contexto social e histórico no qual está inserido.

A metodologia empregada neste trabalho fora aquela da hermenêutica e exegese da obra foucaultiana *Vigiar e Punir* para circunscrever os elementos jurídicos e do Direito contidos ali.

No decorrer do trabalho, foi abordada a pena de suplício, pela qual se compreendeu toda sistemática para a realização deste ato, ou seja, a intenção da aplicação da pena, a desumanização do condenado, também o aspecto social envolvido.

Seguindo o estudo compreendem-se os aspectos da punição, a partir de um abrandamento penal, devido a sociedade não mais apresentar afeto às penas supliciantes. Consequentemente, as penas deveriam apresentar o aspecto de proporcionalidade, entre o ato praticado e a sansão prevista. Continuando, Foucault chama ao foco a questão da disciplina em seu aspecto mais psicológico, alterando o objeto principal da condenação, que antes era o corpo físico agora passa a ser a mente, atribuindo o conceito de panoptismo, sendo disposto de maneira a readaptar o comportamento do condenado aos interesses sociais, notadamente de controle.

Por fim chega-se às prisões, como meio de retirar o indivíduo da sociedade de uma forma pretensamente mais humana não com a intenção de punir, e sim como forma de recuperá-lo para uma reintegração na sociedade, contrastando com as penas de suplício, aplicadas

anteriormente, entretanto, apresenta, também, o atributo de coerção.

Foucault, em sua obra não julga os méritos ou deméritos das medidas abordadas em suas respectivas "realidades", pois sua proposta é a de demonstrar a evolução histórica da legislação penal e os meios pelos quais foram pertinentes à época.

Capítulo 1 – Suplício

1.1 O corpo dos condenados

Foucault começa sua já clássica obra *Vigiar e Punir* retratando as penas, em forma de suplício, exemplificando com trechos de abordagem histórica, de tal forma, demonstra o caráter da pena, voltada a tortura, deixando bem claro que, sequer, era analisado o aspecto humano das medidas adotadas. Tais medidas tinham como objetivo a repressão social ao cometimento de tais atos praticados. Foucault também evidencia a notória separação entre o juiz investido de seu poder emanado da justiça; e de quem concorre para a execução penal, o carrasco.

Com o passar do tempo — meados do século XVIII até o fim da primeira década do século XIX — observa-se que as penas de suplício são desumanas, e, por conseguinte, substituídas.

A evolução do suplício torna-se, então, a guilhotina, instrumento no qual a pena é aplicada de tal forma que o condenado não tenha que passar por uma total tortura, sendo cumprido o objetivo de forma instantânea, assim, garantindo, a execução, sendo que a família não seria humilhada e tampouco o condenado, conforme defende o autor:

> E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um "fecho" ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes; fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de administração (FOUCAULT, 1987, p. 11).

O próximo problema social que precisa ser transposto é o espetáculo bizarro criado para a execução, as referidas execuções precisavam ser em sigilo, para diminuir a degradação do condenado, sendo então realizadas em horários estratégicos e em locais propícios.

Foucault afirma que na passagem do século XVIII para o XIX, surge um afrouxamento da severidade penal quando as penas se tornam medidas de segurança, onde, em sua concepção, não existe mais tortura física e sim uma tortura da alma, ou seja, tais medidas afetam de forma drástica o psicológico do condenado.

A descaracterização da punição como espetáculo se deu por um processo longo e desconcentrado regionalmente, que não ocorreu sincronamente pela Europa. A publicidade do

evento é diminuída pouco a pouco, de modo que o fluxo de empatia ou contato entre condenado e plateia seja finalmente extinguido.

Outra descaracterização, mais sutil, ocorre ao mesmo tempo. A deontologia de retribuição e vingança que pautava a ação da justiça cede a um burocratismo impessoal, em que o exercício da violência não é mais que uma consequência indesejável e inseparável da natureza punitiva. De fato, "observa Foucault que, durante todo o século XIX, de forma sempre mais acelerada, a legislação penal deslocou seu foco daquilo que seria útil para a sociedade para 'ajustar-se ao indivíduo'" (PRADO FILHO, 2012). A materialidade da punição continua significativa, mas tem seus meios e objetivos mudados: conquanto antes houvesse um foco no dano recíproco ao corpo, agora há uma supressão de direitos de caráter contínuo e pudico.

Com isso, toda uma nova gama de necessidades técnicas e logísticas surge pautada superficialmente pelos princípios humanísticos e mais profundamente pelo novo ideário de punição imaterial. São requisitados profissionais de áreas extrajudiciais que aderem ao cárcere uma teleologia utilitária e uma suspensão da dor, mesmo nas punições corporais.

O autor também asserta a convergência de diversas formas de execução, cada qual com sua simbologia ou significação, numa só execução capital, indiferente à qualidade do respectivo crime. É exemplificada aqui a nova moral do ato de punir, com sua respectiva normatividade. Ainda sobre a punição, Foucault nos dá um breve relato da evolução e justificativas da mecanização da execução. Serve de guia para se entender o raciocínio a seguinte citação: "a abordagem de Foucault sobre a prisão é um modo de isolar o desenvolvimento de uma técnica específica de poder" (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. 158-159). A decapitação foi, na França, escolhida como método de forma a estabelecer na morte um denominador comum da justiça — a decapitação era a forma de execução aplicada aos nobres franceses. Isto evitaria conflitos advindos da indignação popular ou familiar por um possível sentimento de humilhação, e garantiria, assim, que a pena fosse aplicada somente ao condenado. Finalmente, tal mecanização promoveria o fim da arbitrariedade na duração da execução, evitando deste modo a teatralização do evento.

Não se deve, entretanto, entender a mecanização da execução como um simples avanço técnico-científico isento de significação. A indiferença da execução mecanizada atinge o sujeito no âmbito do seu direito à vida bem mais que como indivíduo propenso à dor e sofrimento. Percebe-se aqui uma capitalização dos direitos e bens do cidadão enquanto condenado, fenômeno ao qual Foucault (1987, p. 14) nomeia "economia dos direitos suspensos". Com efeito, é justamente ao direito de existir que se direciona a punição, e não ao sujeito detentor propriamente dito. Nem se deve, portanto, associar a esse novo paradigma penal

uma completa isenção de efeitos físicos. A natureza da prisão e a inserção forçada em uma rotina seguida dogmaticamente são responsáveis por compor esse sutil suplício que se interlaça com a nova imaterialidade da pena.

O processo do julgamento sofreu uma transmutação igualmente significativa: a objetividade cerrada do julgamento medieval deu lugar a uma busca multidisciplinar pelos componentes sociais, antropológicos, psicológicos e circunstanciais do crime. Um aparato extrajudicial análogo ao utilizado nas instituições carcerárias é agora acoplado à estrutura do julgamento, e divide com a justiça o fardo da composição da pena. De fato, o principal objetivo pelo qual a justiça se apetrecha de elementos extrínsecos é para dispersar o ônus da condenação por um conjunto maior que si mesma.

Foucault estabelece quatro diretrizes pelas quais norteia seu estudo: a desconsideração pela visão reducionista que relega os mecanismos de punição tão somente às suas características repressivas; avaliação dos métodos punitivos no âmbito do poder e da (FOUCAULT, 1987, p. 24) "tática política", de modo a exceder o simplismo da regra jurídica; a verificação das origens das ciências naturais e da história do direito penal na busca por elementos comuns na sua gênese, evidenciando a (FOUCAULT, 1987, p. 24) "tecnologia do poder" como geratriz de ambos campos de estudo e, por fim, a verificação do papel do corpo na mudança de paradigma que incide na desmaterialização da pena e agregação de componentes técnico-científicos a todo o processo.

Foucault, sobre o corpo, adiciona que, enquanto servil e produtivo, age como capital político, participante de uma economia maior que ele mesmo e sujeito ao poder das instituições que o instrumentalizam. De fato, "Foucault realiza uma história da maneira pela qual o sujeito foi constituído enquanto objeto de conhecimento das Ciências Humanas e como foi igualmente constituído enquanto objeto de dominação por meio de certas práticas institucionais de poder" (NOTO, 2009, p. 8).

O poder, entretanto, não deve ser visto como unicamente pertencente às instituições dominantes ou àqueles a quem compete julgar. Foucault o descreve como uma malha dinâmica, em que os processos punitivos se inserem e, em troca, são modificados; sempre sob tensão, e sempre condicionados à conjuntura geral, em vez de uma ou outra organização artificial. É nesta malha que ocorre "a crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e cálculos de poder" (AGAMBEN, 2007, p. 125). Tal rede se desenvolve de modo intrínseco ao que Foucault (1987, p. 27) denomina relações de "poder-saber": os processos pelos quais o poder se origina do conhecimento e, estabelecido, gera conhecimento, sempre em consonância.

Um sistema de poder tão etéreo requer medidas delicadas para sua manutenção: a

manutenção de uma (FOUCAULT, 1987, p. 27) "violência-ideologia" ou outros métodos diretos ou disruptivos, como evidenciado nos eventuais fracassos do suplício medieval, não são efetivos como ferramenta de interação com o "poder-saber" e, mais importantemente, também não são eficientes.

Na figura do condenado, Michel Foucault traça um paralelo com o corpo do rei e demonstra o aspecto despojado do condenado, no qual o poder é exercido sem esforço e sobre o qual é posicionada toda a superestrutura ideológica e estatutária respectiva à punição. Sobre tal simbolismo, no processo histórico de representação simbólica da figura do rei, verifica-se a configuração de sua onipotência e da mitificação de sua individualidade como materialização terrena de Deus" (SILVEIRA, 2001, p. 38). Foucault então associa à genealogia da alma moderna os efeitos da mudança de paradigma no processo penal, nominalmente, a desmaterialização do sujeito sob suplício. "Com tal enfoque, Foucault *destrona* a alma de sua compleição metafísica ou divina, ou como entidade abstrata e parte da natureza a-histórica do homem" (SILVEIRA, 2005, p. 47). E, diferentemente do corpo lacerado do condenado medieval, o homem moderno vê seu corpo sujeito à mudança e à sujeição a um sistema capaz de processá-lo, tal qual máquina industrial. É propriamente nesse âmbito íntimo da idiossincrasia humana que age o poder, nessa "alma" que não mais é presa no condenado, mas que o prende em si e se sujeita à intervenção. Sobre tal o autor ilustra:

> Mas não devemos nos enganar: a alma, ilusão dos teólogos, não foi substituída por um homem real, objeto de saber, de reflexão filosófica ou intervenção técnica. O homem de que nos falam e que nos convidam a liberar já é em si mesmo o efeito de uma sujeição bem mais profunda que ele. Uma "alma" o habita e o leva à existência, que é ela mesma uma peça no domínio exercido pelo poder sobre o corpo. A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma, prisão do corpo (FOUCAULT, 1987, p. 29).

Com efeito, "quanto mais profundamente somos não-livres, mais liberados parecemos ser" (HOLLOWAY, 2003, p. 111). As consequentes revoltas às quais se dispunham os presos tinham, portanto, motivo além do simplesmente material. Era justamente pelo intervencionismo dessa (FOUCAULT, 1987, p. 29) "tecnologia da 'alma'" — o conjunto das técnicas, dos profissionais e da ciência que pauta o acesso aos aspectos extracorpóreos do preso — que se manifestava a rebelião, pela sua capacidade distinta de aprisionar no condenado o poder que contra ele era exercido.

É de se ressaltar que a importância dos fatores materiais não deve ser deixada de lado. Eles condicionavam parcialmente tanto a ação da "tecnologia da alma" quanto a logística do corpo político; sintetizam, aqui, o corpo da prisão, que entra em conflito com o corpo dos

próprios condenados, exemplificando a tese inicial da punição incorpórea por métodos notadamente indiretos.

1.2 A ostentação dos suplícios

Foucault aborda o processo judicial ao qual o criminoso era submetido. Tratando desde o interrogatório, "para saber exatamente quem fez o quê, em que condições e em que momento" (FOUCAULT, 2002, p. 12) que era conduzido por subterfúgios de coação, submetendo-o a tortura, até a execução, fase na qual eram aplicadas as mais duras penas, muitas desumanas[57]. O suplício foi uma técnica, de extrema sutileza e grande complexidade, no tocante a sua aplicação, sendo orientado todos os passos aplicados, os instrumentos utilizados, com a finalidade de produzir dor em uma escala previamente determinada.

Um dos elementos probatórios, talvez o com maior repercussão é a confissão, qual era obtida por essencialmente dois meios: juramento, o qual coagia por meio de perjuro sob as leis de Deus e dos homens; e tortura. Quando o criminoso não confessava, mesmo que passando por tais sofrimentos, o magistrado era obrigado a abandonar tais acusações.

Também vale ressaltar alguns elementos de grande valia para a compreensão do modelo punitivo: a impossibilidade do acusado de ter acesso às peças processuais; impossibilidade de ter um advogado para verificar a regularidade processual, e sequer para defesa; o magistrado tinha o direito de esconder do acusado a natureza da causa, tomando o interrogatório de maneira capciosa, despersonificando-o, coisificando-o aos parâmetros já estabelecidos de "justo" e "injusto".

O autor se reserva ao cuidado, entretanto, de estabelecer as diferenças entre a prática e a teoria, à época. O uso de condenações à morte representou a minoria dos casos, e mesmo nesse rol de exemplos há grande variedade nos métodos e nos objetivos estabelecidos: três principais métodos de execução são citados, mas a pena poderia ser modulada quantitativamente quanto ao sofrimento por adição ou subtração de flagelos prévios ou posteriores à morte; sendo que a maior parte das penas não foi capital, tem-se que o suplício é, em maior ou menor grau, sempre adicionado a um crime de seriedade não desprezível. Processos estigmatizantes como (FOUCAULT, 1987, p. 30) "exposição, roda, coleira de ferro, açoite, marcação a ferrete" eram responsáveis por, na maioria dos casos, garantir a qualidade supliciante nas penas.

57 Cf. p. 30 onde o autor elenca as penas, tais como: "[…] uns podem ser condenados à forca, outros ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida […]".

Em uma análise mais profunda do suplício, Foucault estabelece três principais critérios aos quais um suplício qualquer estava sujeito. O suplício deveria, por métodos heurísticos inatos aos observadores, ser capaz de produzir uma quantidade de sofrimento apreciável ante o sofrimento advindo do crime cometido. Numa aritmética da dor, requeria-se que, vagamente, se equiparasse o sofrimento causado antes que houvesse a suspensão do direito à existência. Adicionalmente, a modulação das penas e de seus respectivos acessórios se dava reguladamente, seguindo princípios estabelecidos por tradição jurídica:

> Em primeiro lugar, porque cada um desses indícios, tomado em si mesmo e se permanece isolado, pode ter um tipo definido de efeito judiciário: as provas plenas podem acarretar qualquer condenação; as semiplenas podem acarretar penas físicas infamantes, mas nunca a morte; os indícios imperfeitos e leves bastam para fazer "decretar" o suspeito, para fazer contra ele investigações mais aprofundadas ou para lhe impor uma multa. Em segundo lugar, porque se combinam entre si de acordo com regras precisas de cálculo: duas provas semiplenas podem fazer uma prova completa: adminículos, desde que sejam vários e concordem, podem combinar-se para formar uma meia prova; mas sozinhos, por numerosos que sejam, não podem equivaler a uma prova completa (FOUCAULT, 1987, p. 33).

Elementos como: a diferença entre os níveis sociais dos envolvidos, a quantidade de sofrimento ou dor aplicada, o criminoso propriamente dito e o tempo de exposição à dor serviam de fatores pelos quais era calculada a pena. Pena tal que havia de ser distribuída com especificidade igualmente complexa: número de golpes, localização, tempo de sofrimento e tipo de mutilação eram possíveis resultados a essa função matemática da dor. Em terceiro lugar, o suplício tinha uma designação ritualística. Ele não procurava uma reciprocidade exata e instantânea entre condenado e vítima, pelo contrário, era desejável que se marcasse o criminoso de forma atemporal, para que da memória dos homens não fosse apagado o passado delituoso e que tal marca fosse exibida como triunfo da justiça.

Pode-se perguntar, portanto, qual o sentido de o suplício continuar após a morte do condenado, em alguns casos. Embora não evidentemente explícita, a resposta a tal pergunta reside na mencionada ritualização do suplício. O excedente de violência não se constitui tão somente como erro de cálculo na aritmética da dor; ele é parte fundamental da demonstração de supremacia por parte do tribunal sobre a pessoa do condenado. A agonia expressa no momento da punição é uma reiteração visceral do poderio controlado e calculado da justiça sobre o infrator.

A mencionada impenetrabilidade do processo jurídico por parte do acusado é apontada por Foucault — que por sua vez se baseia em Ayrault — como consequência do anseio do Antigo Regime de que a justiça do soberano se sobrepusesse a qualquer desejo popular de

exercer uma justiça própria. O autor não se escusa, entretanto, de esclarecer que o segredo não impedia um rigoroso decorrer do processo jurídico. Havia — herdada de uma tradição medieval posteriormente evoluída na Renascença — um sistema de classificação de evidência, por exemplo, responsável por limitar o máximo das penas em que se concatenavam os diferentes tipos de prova. Similarmente à aritmética da dor, o autor aqui assinala uma "aritmética penal", em que se estabelecem regras precisas sobre como a composição do conjunto de provas determina qual pena é a mais apropriada para determinado caso.

A especificidade e o obscurantismo de tais regras retornam ao mencionado anseio por abster o público do inquérito de justiça. Assim, elas se configuram como método de controle e manipulação de um poder mantido afastado das massas, tanto em seu desenvolvimento quanto em sua execução, relegando-as ao papel de espectadores na economia do poder.

Baseado em Ayrault, Foucault asserta a possibilidade de todo este maquinário de investigação resultar consistentemente na confissão de culpa do acusado, mesmo sendo ele inocente; por vezes implicado pela falta de opção do acusado haja vista seu despreparo forçado ante a acusação. Contudo, "a correlação automática entre culpa e punição e a rígida exclusão de todos os elementos teleológicos orientaram o direito penal para uma definição exata de todas as relações legais" (KIRCHHEIMER; RUSCHE, 2004, p. 144-145). Tal possibilidade de despreparo incute no melhor caso possível para a justiça. Aquele no qual o próprio acusado toma para si a responsabilidade pelo crime e legitimiza não só a punição que receberá, mas também o conjunto de informações e processos que constituem a acusação, com todo seu obscurantismo e inacessibilidade.

Foucault então ressalta a ambiguidade do papel do acusado:

> Mas por outro lado, a confissão ganha de qualquer outra prova. Até certo ponto ela as transcende; elemento no cálculo da verdade, ela também é o ato pelo qual o acusado aceita a acusação e reconhece que esta é bem fundamentada; transforma uma afirmação feita sem ele em uma afirmação voluntária. Pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual de produção de verdade penal. Como já dizia o direito medieval, a confissão torna a coisa notória e manifesta (FOUCAULT, 1987, p. 35).

Força-se uma introdução dele como prova que, embora não seja máxima, tinge todas as outras de uma anuência sem igual. Coloca-se aqui o acusado no rol daqueles que o acusam, e a própria incongruência insólita da situação trata de reduzir a quantidade e a qualidade das provas complementares exigidas — considerando que a confissão por si só é insuficiente para se efetivar a condenação. De fato, tendo-se agora a verdade final dos fatos — a questão de o condenado ser ou não responsável —, é possível mesmo utilizar-se que quaisquer

meios coercitivos para obter as verdades complementares, responsáveis por preencher as lacunas até então deixadas pela acusação.

Foucault então discrimina o modo pelo qual as ambiguidades assumidas e forçadas no acusado — o acusado sendo simultaneamente prova e informação; e o efeito de coação seguido de um semivoluntarismo — justificam, no direito criminal clássico, o juramento requisitado previamente ao interrogatório e a tortura. Esta última é, em fins do século XVIII, descreditada como ação bárbara de outra época, anacrônica e incivilizada. A tortura não figura, entretanto, como estigma negativo principal do direito clássico. Ela é assumida como marca de um sistema penal "coerente" com o raciocínio de que a iniciativa apologética e a firmeza sob acusação são características de um inocente, e, dentro deste raciocínio, há poucas críticas severas relevantes à tortura como método de obtenção da verdade. Michel Foucault, entretanto, reitera que mesmo em tais épocas a prática era "temperada" por cautela, pois sempre se considerava a possibilidade de um inocente se declarar culpado ou um culpado resistir como inocente.

A tortura não era, inclusive, sem riscos para o juiz ou para a acusação. A inocência do *paciente* era correlacionada — numa genealogia que se estabelece pelos preceitos da Inquisição — com a quantidade de etapas de tortura as quais ele era sujeito e não confessava. Era possível que o acusado fosse plenamente inocentado, caso resistisse até o fim. Justamente por isso houve modificações posteriores ao funcionamento que reduziram a absolvição a uma simples garantia de que não haveria execução.

Foucault então levanta a questão sobre a característica paradoxal da tortura que é simultaneamente pena e mecanismo de procura da verdade. A resposta considerada está na forma com que se encarava o valor de cada peça da prova. Cada indício constatava culpabilidade num gradiente contínuo, em vez de só ser validado quando encaixado num quadro significativo. Deste modo, o início das torturas marcava o começo da punição dos crimes parciais a que se associavam as evidências incriminantes assim como uma possibilidade de extrair o restante da verdade do caso.

O culpado então, de acordo com Foucault, assumia o papel de fazer público o processo até então sigiloso. As inúmeras repetições tanto do crime quanto de sua culpa são iteradas juntas da asserção do castigo que corresponderá. Além disso, o suplício segue uma simbologia em que é exposta a natureza do crime, de tal forma que as alterações corporais provindas da punição sejam expressão material da verdade sobre o ocorrido.

Ao início do suplício se estabelece uma expectativa pelo qual se interessa o público. A do destino metafísico do culpado, que se supõe ser adivinhável pelo seu comportamento

derradeiro. A polissemia simbológica de qualquer comportamento do condenado favorece múltiplas interpretações e assume, até certo ponto, em alguns casos, uma parcela de responsabilidade pela declaração de culpa emitida pelo tribunal.

O suplício também possui uma faceta política: enquanto as leis sejam ratificadas como vontade emanada do soberano, as infrações à lei se configuram como ataque direto ao que foi estabelecido pela palavra ou anuência do rei. Deste modo, o suplício — especialmente em sua brutalidade — figura não como interface de reparação entre indivíduos em querela ou proteção dos direitos individuais, mas como resposta direta do monarca ao condenado.

Se o conflito individual resultante do crime prevê uma reparação proporcional de danos, o insulto contra a vontade do príncipe é prescrito por um uso desproporcional e esmagador de poder, justificado pelo direito do tribunal de assertar a dissimetria entre monarca e súdito.

Daí se desprende a cerimonialidade aparentemente incongruente com a qual salvaguardas práticos — o uso de tropas ou estruturas militares para a contenção de possíveis manifestações contra ou a favor do veredicto e de sua execução — são dispostos. Mesmo a forma pela qual a punição será levada a cabo é tão somente do monarca para ser determinada, de forma que uma aceleração da execução por desafeto público deveria ser suprimida. Igual cerimonialidade é imputada ao carrasco na sua tarefa de fazer valer acuradamente o veredicto. Por sua pessoa é transmitido o poder do príncipe ao corpo do condenado, de forma que a falha na deontologia do vicário não é encarada displicentemente. Nesse aspecto, a própria posição do carrasco de campeão do rei, mesmo admitida falha, é demonstrativo do poder real: ele encontra-se em *duelo* com o corpo do condenado, mas, diferentemente, não é condenável ou condenado; não é passível de falha final.

Foucault alude aos fatores sociais e biológicos[58] que ajudariam a condicionar um desprezo pelo corpo que é alarmante para as sociedades industriais que o valorizam economicamente. Alta mortalidade infantil, epidemias, insucessos agriculturais e guerras banalizavam a morte, e a ritualidade do processo penal se dá para a familiarização da população com o fim. É inclusive neste contexto que se dá a formulação da justiça penal francesa que, portanto, tem sua severidade justificada pelo número de revoltas populares e as consequentes infrações à vontade monárquica.

Vê-se então, no suplício, a interface que articula os momentos essenciais ao

58 Cf. p. 46 e 47, em que o autor menciona "[…] as devastações da doença e da fome, os morticínios periódicos das epidemias, a enorme mortalidade infantil, a precariedade dos equilíbrios bioeconômicos […]"

processo penal do Antigo Regime. Ele une o sigilo inicial ao triunfo público final, a escritura com o discurso em praça e permite que o começo de tudo — a consumação do crime — seja repetida, no corpo do condenado, num fechamento de ciclo representativo da efetivação da justiça.

A atrocidade pela qual posteriormente se criticará o método é exatamente o que justifica, dentro do contexto, toda a violência. Uma reflexão da violência utilizada na ofensa contra o soberano, que deve ser respondida com uma intensidade infinitamente desproporcional por defesa ao rei e proporcional por defesa à vítima. Michel Foucault estabelece, então, uma comparação entre a publicidade do suplício e a furtividade com a qual a punição que o substitui decorre. O povo se estabelece como elemento significativo do processo supliciante na medida em que sofre catarse e, na qualidade de conjunto possuidor de elementos passíveis de tornarem-se criminosos, se sujeita a uma iteração de respeito ante o poder da justiça. Em verdade, até um papel ativo é, por vezes, tomado quando, desejoso de efetivar a justiça, o povo alveja o condenado com escárnio verbal ou agressão física. Essa relativa liberdade do povo para com o condenado não deve ser tomada mais que como uma permissão anuída pelo príncipe, como evidência de uma convergência de opiniões.

É especialmente relevante buscar aqui uma compreensão maior do conceito foucaultiano de liberdade " (…) em Foucault não se coaduna à esperança de um mundo melhor, pois supõe que a todo instante novos problemas surgem e que, assim, incessantemente, devemos lutar" (VAZ, 1992, p. 119-120). É dela, entretanto, que emana a maioria dos casos em que o povo entra em conflito com os executores da liturgia do suplício. Assinala-se em especial os casos em que não há consenso entre povo e tribunal sobre o veredicto:

> Há nessas acusações, que só deveriam mostrar o poder aterrorizante do príncipe, todo um aspecto de carnaval em que os papéis são invertidos, os poderes ridicularizados e os criminosos transformados em heróis. A infâmia se transforma no contrário; a coragem deles, seus gritos e lamentos só podem preocupar a lei (FOUCAULT, 1987, p. 51).

A incapacidade ou involuntariedade do condenado de assertar sua culpa em intensidade precisa ante o público é um dos principais motivos pelos quais ocorre tal dissenção entre tribunal e povo. Fosse a declaração insuficiente, não haveria autorização da execução da pena por parte do condenado, o que justificaria uma indignação empática dissensão do povo. Fosse ela exagerada, e a isso pode-se somar as atrocidades do crime, poderia ser que o povo, tomado de piedade por um arrependido, decidisse se sobrepor à decisão penal, tomando para si o direito ao perdão. A literatura popular à época, folhetins de jornal, exemplificava a imagem

romanceada que a população possuía de alguns supliciados. Juntamente de anedotas relativas a tais indivíduos, anedotas essas que circulavam pelo povo, ela se tornava um indício do interesse popular pelo jogo de poderes representado pelo processo do suplício.

Por fim, a evolução dessa literatura heroicizante se dava, de acordo com Foucault, por uma estetização das histórias, nas quais todos os elementos individualíssimos do processo penal eram recaracterizados de acordo com o ideário das classes mais altas.

Capítulo 2 – Punição

2.1 A punição generalizada

O autor inicia a segunda parte da obra estabelecendo a mudança de paradigma sofrida, cujos resultados estariam expostos desde meados do século XVIII até o fim deste. A sociedade toda começa a demonstrar desafeto para com o processo supliciante, fato corroborado tanto pelas obras teóricas deixadas pelos juristas da época quanto pelos registros de reclamação dos três Estados[59] ao rei.

Determina-se, então, que a punição deve deixar sua característica vingativa, violadora da dignidade, e, portanto, limitar sua extensão, abdicando do sofrimento infringido à humanidade do supliciado. Limitado, desta forma, à proporcionalidade do crime, o castigo tem seu valor na economia de poder fundamentalmente alterado. Constata-se, de acordo com Foucault, uma sintonia entre a diminuição da intensidade penal e a diminuição da violência dos crimes propriamente ditos:

> Além disso constata-se, no decorrer do século XVIII, que a justiça se torna de certo modo mais pesada, e seus textos, em vários pontos, agravam a severidade: na Inglaterra, dos 223 crimes capitais que se encontravam definidos no começo do século XIX, 156 haviam sido durante os últimos cem anos; na França a legislação sobre a vadiagem fora renovada e agravada várias vezes desde o século XVII; um exercício mais apertado e mais meticuloso da justiça tende a levar em conta toda uma pequena delinquência que antigamente ela deixava mais facilmente escapar (FOUCAULT, 1987, p. 65).

O alvo da criminalidade deixa de ser o próximo e o vicário é a propriedade. O caráter paramilitar das associações criminosas se torna um discriminante deletério, indesejável em comparação com vias de ação mais discretas.

A gênese de tais modificações se encontra nos fatores socioeconômicos e políticos que agiram para a acumulação de bens e a decorrente premência pela segurança de tais bens. Esta dinâmica que regula as relações entre severidade do crime, alvo e punição é responsável por um recrudescimento da prática da justiça, tanto em seus aspectos qualitativos quanto nos quantitativos à medida que o exercício criminoso se torna progressivamente mais circunspecto.

O autor discrimina aqui o motivo superficial pelo qual, tais mudanças são

---

[59] Cf. p. 109, em que o tradutor explica o termo “Cahiers de doléances” associando-o ao contexto das Assembleias dos Estados Gerais de 1789, em que o Primeiro, o Segundo e o Terceiro Estado (a população francesa dividida politicamente de acordo com seus estamentos) se reuniram para a deliberação de uma forma de resolver o problema da dívida francesa.

usualmente justificadas — a suscitada consideração pela humanidade do condenado — do conjunto de motivos que age mais profundamente, no âmbito da economia do poder. A vigilância da justiça se torna mais inteligente, limitando racionalmente o dispêndio de recursos e agindo de forma mais conscienciosa quanto à realidade social.

A posição crítica dos reformadores — Beccaria, Servan, Dupaty, Duport, Pastoret, Target, Bergasse —, entretanto, não se limita tão somente à mera desavença com a inumanidade do suplício. Ela é formulada em torno de ataques contra as arbitrariedades e irregularidades que compunham não só *o fazer da justiça* como o *fazer a justiça* Foucault identifica que o aparato judiciário francês à época era insuficiente para abarcar todos os âmbitos do conjunto social eficientemente e contraprodutivo nos âmbitos que abrangia, na medida em que os interesses de diversas partes do corpo social entravam em conflito no processo penal. A ausência de uma uniformidade entre as práticas de diferentes localidades e os critérios pessoais pelos quais eram conferidos os cargos de juiz também compõem o rol de causas pelas quais o sistema em vigor estava em declínio. De fato, toda a posição crítica dos reformadores é, abordada sob a ótica da economia do poder, pautada na distribuição irracional e exagerada de poder. Importa aqui fazer uma distinção entre o conceito comum de poder e o foucaultiano. Analisa Vianna (2010, p. 39) que em relação ao estudo de Michel Foucault quanto a prisão, "foi ter recusado uma abordagem meramente negativa do poder (o poder que reprime e destrói) e ter priorizado um enfoque positivo (o poder que exercita corpos, que molda subjetividades) ". Todos os entes ligados, mesmo que indiretamente ou por casualidade, ao processo penal poderiam, dadas as circunstâncias, incorrer em uma intensificação ou diminuição significativa da pena. Foucault identifica no rei a fonte desta atribuição indevida. Em primeiro lugar, há o poder que emana da concessão do direito de fazer justiça dado pelo rei ao magistrado: tal poder é incoerente com as incapacidades e interesses particulares. Em segundo lugar, há a confusão entre atribuições dos diferentes níveis e âmbitos da justiça que são modificadas pelo príncipe numa ressurgência desagregadora da ordem.

Ressalta-se, portanto, que a reforma no direito criminal a que Foucault se refere não se deu homogeneamente nem pelo desafeto dos legisladores ante a soma das ineficiências do sistema legal francês. Ela se deu por um anseio pela distribuição aguçada do poder emanado pela máquina pública. Ineficiências essas que Foucault assinala como necessárias, até certo ponto, à vida no Antigo Regime, em todos os estratos sociais. O descaso com a aplicação de leis repetidamente impostas ou a afirmação súbita de tais leis ignoradas são exemplos de funcionamento desta dinâmica própria de poder.

Assim, pode-se sintetizar tanto a ineficiência com a qual o poder era utilizado no

Antigo Regime quanto a necessidade dessa desordem para o funcionamento orgânico da sociedade como características inerentes do momento, que seguem uma lógica própria e se relacionam, ainda que confusamente.

É neste cenário que a ação ilegal — ou criminosa — contra a propriedade prolifera. Apropriadamente, de acordo com Foucault, as mudanças na estrutura social francesa — ascensão burguesa e princípios de revolução industrial — são acompanhadas e justificam esse deslocamento do crime contra a pessoa para o crime contra a sociedade. É tal modificação que impele à sistematização rigorosa e intolerante de uma prática jurídica pautada em atacar o que Foucault nomeia ilegalidade dos bens, a praticada principalmente pelos indivíduos comuns. Em contraposição, a ilegalidade dos direitos — que se refere aos delitos fiscais e comerciais, de um modo mais abrangente — é tomada pela burguesia e moldada para seus interesses.

A reforma penal francesa do século XVIII se estabelece, assim, como ponto de convergência entre o empenho contra o poder excessivo e desfocado provindo do rei e o esforço contra as pequenas tolerâncias à ilegalidade dos bens genealogicamente identificada como característica do Antigo Regime, que supliciava. A humanização das penas se configura assim como essencial para a extensão e desembaraçamento do alcance efetivo da justiça. Mas, se a reforma pode ser vista como uma campanha para a sintetização de uma justiça mais igualitária e menos lacunosa, mais importantemente, não se deve perder de vista a perspectiva da reforma como uma reorganização da economia de poder, e, em especial, da economia das ilegalidades, de forma a adaptar o sistema judiciário às alterações socioeconômicas e políticas sofridas em fins do século XVIII.

O poder real, antes utilizado para vingar-se do condenado com toda a dissimetria possível, é agora substituído pelo poder nacional. O criminoso que fere a pátria ataca o contrato social o qual se supunha que ele mesmo aderira. Fazendo isso ele se torna oponente da sociedade como um todo e, pela sua tácita aceitação prévia do contrato, cúmplice de sua própria punição. É, entretanto, contra um mesmo superpoder que ele se depara: antes o príncipe, agora seus pares:

> Supõe-se que o cidadão tenha aceito de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é, portanto, inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele. O menor crime ataca toda a sociedade; e toda a sociedade — inclusive o criminoso — está presente na menor punição (FOUCAULT, 1987, p. 76).

Faz-se necessária, então, uma moderação da intensidade punitiva. Foucault

encontra nos discursos empáticos dos teóricos a argumentação básica pela qual o princípio da moderação das penas se desenvolverá. É pelo receio do dispêndio de poder e das repercussões que o excesso pode causar que, entretanto, se baseia a necessidade de um princípio assim. Foucault descreve regras que guiam o desenvolvimento e a articulação do poder punitivo nesta nova dinâmica[60]. A "Regra da quantidade mínima" relaciona o incentivo advindo do crime com a nocividade da possível punição; a "Regra da idealidade suficiente" asserta que o fator inibitório da pena se encontra não na dor física ou no sofrimento propriamente ditos, mas numa ideia representativa de desvantagem e incômodo; a "Regra dos efeitos laterais" afirma que a imagética da pena deve, idealmente, ser agonizante para espectadores empáticos e a realidade do sofrimento deve ser pouco agressiva ao próprio punido; a "Regra da certeza perfeita" prescreve a supressão de tudo aquilo que possa, na mente deliberante, incorrer na ideia de que a punição não será uma implicação inexorável do delito; a "Regra da verdade comum" abole arbitrariedades no nexo entre crime e punição na medida em que a verdade sobre a qual a punição se justificará seja racionalmente obtida e consensualmente aceita e, por fim, a "Regra da especificação ideal", que requisita não só um acervo seguro de todas as possibilidades e concatenações de delitos que possam haver como também uma aplicabilidade modular, específica às idiossincrasias de cada condenado.

Precisa-se aqui discriminar esta última modificação da pena individual das modulações antigas de pena. Enquanto no paradigma anterior se alteravam os juízos baseado nas circunstâncias e intenções próprias à cena do delito, no atual requer-se que a modulação nivele as pressões exercidas pela justiça em diferentes tipos de sujeitos: analisa-se agora as características personalíssimas do condenado, ao invés das temporais.

Foucault registra o deslocamento do papel do condenado: enquanto antes era alvo a ser esmagado com o poder punitivo, agora ele se é disposto como um corpo a ser processado com o uso preciso e deliberado do poder de que se dispõe esta nova dinâmica. Não é por uma busca racional e científica ou tampouco um regresso humanístico designado por exacerbadas sensibilidades que a mudança ocorre, mas por uma diferenciação estratégica e política dos sistemas sociais de poder.

Conclui-se, entretanto, que as diferenças entre as modificações dos crimes e dos criminosos não eram necessariamente convergentes, de princípio. Foucault estabelece no novo corpo político, e nas suas reverberações legais, os parâmetros que permitirão a união entre evoluções que se dão em velocidades diferentes, dadas as relações entre crime e sociedade e

60 Cf. p. 79 a 82.

criminoso e sociedade.

2.2 A mitigação das penas

É sobre uma nova lógica de representação, portanto, que as punições devem ser gerenciadas. Reitera-se a necessidade de novas relações semióticas que guiem o interesse do cidadão comum para longe do anseio delituoso. Uma série de parâmetros e diretrizes é definida, por Foucault, como necessária para o bom funcionamento desta nova dinâmica.

Requer-se que a pena seja maximamente conectada à mera ideia do crime. Isso se dá pela aparência de naturalidade na relação entre pena e castigo, e essa se amplifica na ausência de arbitrariedades. Na diminuição delas, a punição se apresenta como efeito natural do ato criminoso, em oposição às exaltações de vontade que ocorriam nos suplícios. Se estabelece uma relação simbólica e dicotômica entre crime e castigo e justamente neste maniqueísmo que reside a aparência de naturalidade que esconde o poder punitivo. Esta nova lógica difere da existente no Antigo Regime pela intencionalidade: não uma de simetria hiperbólica, mas que emane ou pareça emanar dos mecanismos naturais de causalidade.

Na economia dos interesses, deve-se manipular os fatores sociais que inclinam ao crime. Este se dá quando a imagética do prospecto do sucesso se faz mais significativa que a imagética do fracasso e de suas consequências. Para fazer isso, na prática, deve-se atacar as causas primeiras dos delitos, as condições socioeconômicas que os geram, e, no caso à parte dos crimes por rebeldia ou fanatismo, eximir-se de punir tão somente com a dor e esforçar-se pela ridicularização dos ideários:

> Fazer funcionar contra ela mesma a força que levou ao delito. Dividir o interesse, servir-se dele para tornar temível a pena. Que o castigo o irrite e o estimule mais do que o erro que encorajara. Se o orgulho fez cometer um crime, que seja ferido, que se revolte com a punição. A eficácia das penas infamantes é se apoiarem sobre a vaidade que estava na raiz do crime. Os fanáticos se glorificam tanto das suas opiniões quanto dos suplícios que suportam por elas (FOUCAULT, 1987, p. 89).

A finitude da temporalidade da punição se faz importante à medida que haja dada parcela de criminosos para os quais se anseie que sejam regenerados. De fato, na economia da pena, a modulação da pena deve levar em consideração a temporalidade e, nisso, servir para a construção da imagética dissuasiva que se almeja. Permite-se aqui que o tempo, cuja percepção de passagem varia significativamente, seja o elemento sustentador da pena, em contraste com a explosão singular e punitiva que é o suplício. Não se deve, entretanto, de acordo com o autor,

limitar o efeito da pena tão somente ao condenado. Interessa muito que se aumente a naturalidade do castigo através de uma simbologia da punição que torna a penúria do condenado gênese de benefícios para a sociedade e, por retrospecto desta última, compensação moral pelo dano infligido no corpo social.

Expande-se o conceito do condenado como interface entre lei e sociedade ao se explorar o momento da declaração do castigo. Não mais um campo caótico em que o povo pode decidir pela compaixão, a cena da asserção da punição é agora utilizada para reacender na mente dos homens o nexo pretensamente natural entre crime e castigo. O condenado se torna uma lição cívica viva. É exatamente por este caminho, o da integração do espectador comum num ritual de reafirmação do código legal, que se elimina o problema do romantismo atrelado à imagem do criminoso. Pelo exercício repetido de castigar se justificando num código o magistrado se exime da culpa de ser o juiz, anulando o prévio maniqueísmo que usualmente se estabelecia no Antigo Regime.

Traçando uma genealogia da entidade da prisão, Foucault descreve que o papel dela foi, no Antigo Regime, minoritário devido a sua baixa capacidade punitiva e afastamento do espetáculo do público. Se, por um lado, pode-se facilmente conectar o uso das prisões com a dinâmica punitiva da reforma, por outro também é fácil traçar pontos dela desfavoráveis ou mesmo incongruentes com o regime carcerário.

Dentre os benefícios deste sistema, ressalta-se o econômico. O problema de existirem cidadãos lassos numa sociedade gera tanto inconvenientes de produtividade como de segurança dos bens. Neste âmbito, a prisão se configura como instrumento pedagógico pelo qual, valores como industriosidade e aversão à morosidade podem ser incutidos nos indivíduos que se deseja regenerar. Nessa lógica a temporalidade da pena retorna como aspecto que a valoriza quando imbuída de utilidades como esta.

A necessidade de se isolar o condenado, entretanto, se faz presente. Por meio do isolamento, se entrega a consciência do condenado a ela mesma, que fará o serviço de corrigi-lo baseado nos moldes — morais e religiosos — aos quais o detento esteve submetido durante seu tempo livre. O indivíduo que era perdido no ritual de separação — a cena de declaração pública da pena — agora deve maturar-se de volta à convivência social tendo o auxílio da sua própria pena.

A racionalização da existência contínua na prisão determina o aspecto prescritivo sob o qual se desenvolvem as prisões modernas. Separação de sexos, inserção forçada do detento na rotina, trabalho obrigatório que sustente, por seus frutos, as despesas da prisão e o uso seletivo da separação total dos outros presos são características que demonstram o viés

utilitarista que deve guiar o funcionamento de tais edifícios. Deve-se comentar um aspecto ainda intocado desta nova situação: a reclusão da execução da pena. Conquanto o suplício se banhava na publicidade popular, o desenrolar da punição nas prisões se dá não só afastado, mas também inacessível ao resto da sociedade. É nesta relação intimista entre carcereiro e encarcerado que se insere a expectativa social. O agente penitenciário age agora como espectador com exigências morais:

> Em primeiro lugar o princípio da não-publicidade da pena. Se a condenação e o que a motivou devem ser conhecidos por todos, a execução da pena, em compensação, deve ser feita em segredo; o público não deve intervir nem como testemunha, nem como abonador da punição; a certeza de que, atrás dos muros, o detento cumpre sua pena deve ser suficiente para constituir um exemplo: […] O castigo e a correção que este deve operar são processos que se desenrolam entre o prisioneiro e aqueles que o vigiam (FOUCAULT, 1987, p. 103).

Tais exigências não se sucedem estaticamente, interagem com um sistema de recompensas na qual a vigilância, os detalhes do crime, o comportamento do condenado durante o processo penal e o comportamento dentro da prisão são aspectos que permitem definir o presídio como maquinário de saber.

Na prisão, entretanto, o papel da propriedade sobre o corpo do condenado se difere do papel intencionado pelos reformadores do século XVIII. De acordo com Foucault, conquanto eles se interessavam no papel representativo do indivíduo para com a sociedade, diferenciavam-se largamente dos objetivos privados e circunspectos do aparelho penitenciário, com toda sua racionalização temporal que se apossava do corpo do condenado para alterar seu espírito a partir dele mesmo. Este se torna aqui prisão do espírito, e interface pela qual o sistema penal atingirá seu objetivo de mudança fundamental do indivíduo.

Deste modo, Foucault conclui os três sistemas de utilização do poder que concorreram no século XVIII: o método monárquico, supliciante com sua ênfase em simetria hiperbólica; o método reformista, apegado à manipulação das representatividades dos elementos do processo penal e ao uso do corpo do condenado como suporte para a justiça; e o método carcerário, que se desdobrava numa pedagogia limitadora em que o corpo do condenado era ferramenta para configurar e reconfigurar o espírito do delinquente de acordo com o que se queria. Este último, entretanto, é o que ganhará proeminência e será majoritariamente utilizado após o início do século seguinte. Nesse sentido, observa Castro (2009, p. 342), "através do penitenciário a justiça entrou no campo das relações de poder".

Capítulo 3 – Disciplina

3.1 Os corpos dóceis

Foucault contrasta o ideário de soldado do século XVII com o equivalente tardio do século XVIII: de uma visão pautada em honra e exaltação das virtudes físicas se passa a uma homogeneização controladora do corpo e dos comportamentos militares. Com efeito, "através da honra, a disciplina substitui a responsabilidade moral" (BAUMAN, 1998, p. 39-41). Tal exemplo é dado para se ilustrar as modificações ocorridas na concepção de corpo e no seu uso e manipulação. Esta nova disciplina pela qual se controla os corpos difere — pela singularidade de sua natureza detalhista, coercitiva e racionalizada — das disciplinas preexistentes, como as fabris ou monacais.

A disciplina, assim, modula as capacidades do corpo, retirando sua independência política e ativando sua eficiência produtiva. De acordo com o autor, a genealogia deste processo se dá de um modo desconcentrado e desintencional, aleatório, em que os focos de utilização da disciplina inspiram-se uns nos outros.

Ela se define por um apreço intenso aos detalhes e à racionalidade de qualquer ação a ser tomada, seja pelo corpo possuído, seja contra o corpo possuído. É em uma minúcia extrema que age o exercício prático desta disciplina: nas ações, posturas, gestos e comportamentos. Na religião ela encontra uma interface com o dia a dia, por uma exaltação da preocupação e uma crença na temperança, que a observância das pequenas coisas dá. É desta regulamentação infinitesimal do homem que se desdobra o gerenciamento político eficiente que permite o controle tão necessário a dinâmica penal moderna. Já não mais homem em sua totalidade, mas "o homem já como objeto dissolvido, porque dependente da relatividade de perspectivas com as quais é tomado por objeto" (CARVALHO, 2007, p. 171). Toda uma estirpe de técnicas e tecnologias, raciocínios e estruturas de conhecimento supre a demanda e gera, ao final do processo docilizador ao qual o homem é submetido, o indivíduo moderno. Não é, entretanto, simples a descrição de como tal conceito foi erigido:

> A "invenção" dessa nova anatomia política não deve ser entendida como uma descoberta súbita. Mas como uma multiplicidade de processos muitas vezes mínimos, de origens diferentes, de localizações esparsas, que se recordam, se repetem, ou se imitam, apoiam-se uns sobre os outros, distinguem-se segundo seu campo de aplicação, entram em convergência e esboçam aos poucos a fachada de um método geral (FOUCAULT, 1987, p. 119).

Uma série de parâmetros se define como característica essencial da disciplina, e tem-se aqui a necessidade de uma compreensão melhor da anatomia: "a genealogia é a anatomia do poder encarado como corpo político" (EWALD, 2000, p. 29). O isolamento dos sujeitos a serem disciplinados é fundamental por conta da necessidade de separá-los da aleatoriedade descontrolada da moral e do funcionamento da sociedade em geral. Se encontra em motivos práticos — como a supressão de furtos ou a danificação de propriedade — e em motivos políticos — a clara asserção de autoridade e o peso do regulamento local — a razão dessa separação; e é para a melhor distribuição dos corpos produtivos que esta concorre.

Tal isolamento, por si só, entretanto, ainda é incompleto na condução à disciplina. Requer-se aqui uma distribuição homogênea e racional dos indivíduos pelos locais, "o consentimento dado pelo sujeito na alienação de seus atributos é ideológico, de modo que só há liberdade para a venda da propriedade" (SILVA, 2008, p. 72). Evita-se multidões arbitrárias e o estabelecimento de interesses individuais na determinação posicional de cada um. Foucault identifica na estrutura da cela monástica a genealogia desta diretriz, e, na solidão dela, a proporção de um indivíduo para cada monômero de espaço.

Com tal individualização posicional vem também a necessidade de se estabelecer vigilância e fiscalização, filtrar criteriosamente o ilegalismo provindo da lassidão a que os cidadãos comuns se acostumam. Que na compartimentalização do corpo, do indivíduo, do comportamento e do grupo se encontre as condições ideais para a verificação e comparação objetiva dos membros dispostos. É inevitável que, em meio à sistematização da comunidade e a padronização do indivíduo, o homem seja desvalorizado naquilo que é e, em seu lugar, seja valorizado pela sua posição ontológica em relação ao resto do conjunto organizado. O controle do tempo também se apresenta como fator significativo no gerenciamento humano. Inspirando-se nas rotinas dos monges, mas melhorado pela inserção de conceitos e técnicas racionalistas, tal controle prescreve tanto uma receita a ser seguida como os limites das variáveis do processo e o protocolo a ser seguido caso haja dissonância.

Designa-se aqui a cadência que guia o ritmo de produção como o desagregador de idiossincrasias que tanto variam a qualidade e quantidade do produto quanto geram um senso de identidade desfavorável ao exercício da disciplina. Pela prescrição de um tipo ideal de ação que possa ser executada ciclicamente, o agente organizador toma comando direto do corpo possuído, nas suas minúcias. Mesmos aspectos aparentemente desconexos desta lógica prescritiva são explorados: requer-se que o sujeito, mesmo quando não executando sua respectiva atividade periódica, mantenha-se em postura, de modo que esta última se torne por repetição característica condicionada do indivíduo.

O corpo aqui adquire uma capacidade metamórfica de, por meio das prescrições mais primordiais e minuciosas, aderir-se à tecnologia utilizada. A ação periódica não é mais feita por um corpo separado da máquina, nem o interesse organizacional é por resultados ou representações; compõe-se um conjunto corpo-tecnologia cujo ideal é tão somente teleológico: a repetição infinda e perfeita de seu propósito.

Sobre a interação das relações de atividade e corpo e a nova dinâmica de disciplina Foucault — de novo — estabelece uma série de parâmetros que a descrevem, exemplificando com instituições militares. Sobre isso o autor clarifica:

> O ponto em apreço é o "exercício", técnica pela qual se impõe aos corpos tarefas ao mesmo tempo repetitivas e diferentes, mas sempre graduadas. Dirigindo o comportamento para um estado terminal, o exercício permite uma perpétua caracterização do indivíduo seja em relação a esse termo, seja em relação aos outros indivíduos, seja em relação a um tipo de percurso (FOUCAULT, 1987, p. 136).

Primeiramente, deve-se chegar a uma unidade indivisível pela qual o aprendizado e o exercício se darão. Uma sequenciação macroscópica e microscópica deve se dar por todas as etapas de um dado processo, em qualquer escopo. Obtém-se isso, na prática, por exemplo, com a divisão hierárquica das etapas do aprendizado militar. Começa-se cedo com inserção de valores patrióticos, evolui-se para escolas fundamentais e depois para o aprendizado dentro do corpo militar propriamente dito. Mas, mesmo dentro de uma etapa, subdivide-se repetidamente: ensina-se o manejo de armas pausadamente, de modo que só se avance uma etapa quando a última esteja visceralmente atrelada à ação.

Há a necessidade de que a compartimentalização das ações seja concatenada de forma a estabelecer uma dificuldade progressiva. O encerramento de cada etapa deve-se dar por um ritual ou exame que testifique a habilidade ou comportamento aprendido, a equiparação do sujeito em relação aos seus pares e a existência de idiossincrasias advindas da variação natural entre os seres.

Criar hierarquias de exercícios, adaptadas às classes diferentes de indivíduos e subdivididas logicamente. Estruturar um espectro infinitesimalmente categorizado onde se possa comparar graduações diferentes de indivíduos ou mesmo semelhantes. A serialização das atividades é promovida como essencial para o controle cirúrgico dos indivíduos, em que cada desvio do padrão se apresenta como singularidade marcante, incapaz de ser ignorada pelo inspetor.

Ressalta-se que é neste espectro contínuo de indivíduos, numa escala pretensamente evolutiva, que se faz presente o descobrimento de indivíduos notáveis. A percepção da História,

concebida como fruto das interações entre tais indivíduos destacados e a sociedade, serve, então, aos propósitos organizacionais a que a dinâmica da disciplina está sujeita. Por extensão, também está sujeita ao jogo de poder que envolve tal manipulação política dos homens.

O exercício então serve como instrumento moldador de homens. Conquanto em sua genealogia ele descenda finalmente dos exercícios monacais, ele é alterado, junto de seu propósito, na lógica disciplinar. Em vez de um esforço progressivo e linear para a obtenção de resultados metafísicos — a vida eterna —, aqui ele se destaca como ordenador dos corpos, capaz de sistematizar, armazenar e capitalizar não só as ações, como também o tempo no qual elas estão inseridas.

Foucault relata o exemplo da evolução sofrida nos campos de batalha. As antigas formações maciças foram substituídas — após os avanços técnicos em armas de fogo precisas — por um corpo militar geometricamente inconstante, cuja menor parte é o soldado em sua individualidade. É de se lembrar que este também já não se encontra indivisível: o soldado é agora um complexo homem-tecnologia moldado por exercícios e protocolos repetitivos. No âmbito da luta em grupo, os soldados também perdem sua individualidade, cujo vicário é a articulação interpessoal de modo a formar, com as unidades-soldado, um novo e mais complexo conjunto homem-tecnologia.

Destaca-se a alteridade com que se deseja que a disciplina ocorra. Conquanto os novatos são sujeitos ao aprendizado, os veteranos são responsabilizados por funções fiscais e pedagógicas, de modo que a cada um seja atribuído o exercício ideal para sua temporalidade e posição no espectro. O autor sintetiza as qualidades fundamentais da disciplina: “celular”, pois individualiza o indivíduo em sua posição; “orgânica”, devido à sistematização das ações; “genética”, por conta de sua capacidade de controlar e estocar tempo e “combinatória”, pela possibilidade de combinar e recombinar diferentes unidades do espectro de forma a gerar novos corpos-tecnologia.

É em sincronia, portanto, com a dinâmica política de controle dos corpos que a disciplina institucional age em prol dos anseios expressos pelos legisladores, filósofos e reformistas do século XVIII.

> O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma ‘anatomia política’, que é também igualmente uma ‘mecânica do poder’, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim os corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência) (FOUCAULT, 1987, p. 119).

3.2 Os recursos para o bom adestramento

Foucault reitera a ideia de *disciplina* e complementa-a com a de *adestramento*. Tal adestramento se traduz pela normalização homogeneizante das massas, não num processo que não diferencie os indivíduos ou torne-os fracos, mas que, dadas as devidas idiossincrasias de cada um, adapta-os para os necessários aspectos em suas interações com a sociedade. A concatenação de indivíduos adestrados permeia, então, as instituições alteradas pelas reformas disciplinares mencionadas no capítulo anterior. O aparelho judiciário do respectivo período falhou em eximir-se de tais modificações.

Sobre os pioneirismos científicos, e com a inspiração tácita nas estruturas hierárquicas e físicas dos acampamentos militares, se erguia um novo tipo de edifício. Não mais pautado num raso esforço de tornar útil, mas num fino e calculado esforço de maximizar o potencial da disciplina por meio de uma intensificação do olhar do outro. Uma malha de vigias deve se articular e, a qualquer momento, cada vigia deve ser agente e sujeito da vigilância.

Sobre a abrangência deste formato, o autor asserta:

> O acampamento é o diagrama de um poder que age pelo efeito de uma visibilidade geral. Durante muito tempo encontraremos no urbanismo, na construção das cidades operárias, dos hospitais, dos asilos, das prisões, das casas de educação, esse modelo do acampamento ou pelo menos o princípio que o sustenta: o encaixamento espacial das vigilâncias hierarquizadas. Princípio do "encastramento". O acampamento foi para a ciência pouco confessável o que a câmara escura foi para a grande ciência da ótica (FOUCAULT, 1987, p. 144).

Adaptando-se à nascente lógica capitalista, a vigilância se torna essencial à medida que a necessidade da algoritmização dos processos sociais e produtivos surge. Esta aparece em decorrência da então recente descoberta dos processos em série e das possibilidades a serem exploradas pela aplicação tanto dos corpos à disciplina quanto da disciplina aos corpos. Com efeito, (FOUCAULT, 1987, p. 147) "na vigilância torna-se um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna de produção e uma engrenagem específica do poder. " O autor conclui, portanto, que a vigilância se configura como integrador entre o jogo de poder implicado pelas novas dinâmicas políticas e o microgerenciamento dos corpos, fundamental para o controle calculado e racionalizado dos corpos. Ao restringir-se ao domínio da ótica, das expectativas e do olhar do próximo, a vigilância se exime da necessidade de coerção corporal, mas se mantém como forte fator físico.

É a partir deste microcosmo que a sociedade desenvolver-se-á, mas,

apropriadamente, requer-se o uso de uma moralidade e meios para garanti-la que implicam numa miniatura de sistema penal. Principalmente na mencionada moralidade reside a força desse sistema. Analogamente à malha da vigilância, era estabelecida uma malha de mérito, que prestigiava o comportamento normativo e designava como infame o desvio. A transitoriedade entre os dois estados garantia tanto a melhora dos elementos imersos no sistema quanto a manutenção comportamental dos considerados como ideais ou melhores. Não se devem considerar inúteis, entretanto, os insubordinados. A cada qual, de acordo com sua honra, haviam de ser distribuídos os encargos e, assim, obtinha-se um modo de relegar quaisquer tarefas sem os ônus morais de uma honra despropositada ou de uma desgraça injusta.

Não se deve constatar, de acordo com Foucault, entretanto, que o castigo disciplinar, por sua coercitividade, tem aspectos dos praticados no Antigo Regime. Que, se fazendo moral em vez de físico, o castigo era tornado corretivo, mas não impositivamente humilhante — havia sempre a possibilidade de recuperação.

Diferentemente do sistema penal macroscópico, tais sistemas determinavam a moral do modo mais simples o possível. Não se tratavam de permitidos e proibidos, mas de declaradamente bons e maus, e, com isso, permitia-se uma microeconomia baseada na quantificação arbitrária — mas pretensamente lógica — dos eventos[61].

A disciplina determina quais corpos se normalizam ao paradigma necessário e suficiente para o bom funcionamento de uma instituição dependente de complexos corpo-tecnologia. Adicionalmente, permite que, até certo ponto, se controle as proporções entre os diferentes grupos de indivíduos descritos por escalas de moral dentro do espectro bom-mau, (FOUCAULT, 1987, p. 153) "a penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui".

Agindo ponto a ponto, a regulamentação por moralidade é eficiente para a homogenização da massa submetida, mas a conformidade com o ideal institucional requer um mecanismo que exceda a maleabilidade subjetiva de tal forma que possa servir como parâmetro objetivo para incentivar o empenho individual no esforço produtivo. O mecanismo a ser

61 Cf. p. 151 em que o autor cita uma descrição de microeconomia em escolas religiosas: "Os privilégios servirão aos escolares para se isentarem das penitências que lhe serão impostas... Um escolar por exemplo terá por castigo quatro ou cinco perguntas do catecismo para copiar; ele poderá se libertar dessa penitência mediante alguns pontos de privilégios; o mestre anotará o número de cada pergunta... Valendo os privilégios um número determinado de pontos, o mestre tem também outros de menor valor, que servirão como que de troco para os primeiros. Uma criança, por exemplo, terá um castigo de que se poderá se redimir com seis pontos; tem um privilégio de dez; apresenta-o ao mestre que lhe devolve quatro pontos; e assim outros. "

utilizado para a determinação de tal padrão institucional é o exame.

Em contraposição ao poder estereotípico, o poder examinador se esvazia da deontologia de exibir poder. Ocorre então uma inversão de sentido no fluxo de atenção: o poder examinador unilateralmente impõe o foco do cenário sobre os sujeitos que se encontram nele. Força-se que qualquer sinal emitido pelo sujeito — incluindo a ausência de sinal — seja tomado como aspecto a ser avaliado objetivamente. Tem-se aqui o oposto diametral da cerimonialidade monárquica exercida no Antigo Regime, que o autor ilustra com o seguinte excerto:

> Não recebem diretamente a imagem do poderio soberano; apenas mostram seus efeitos — e por assim dizer em baixo relevo — sobre seus corpos tornados exatamente legíveis e dóceis. Em 15 de março de 1666, Luís XIV passa sua primeira revista militar: 18.000 homens, "uma das ações mais brilhantes do reino", e que passava por ter "mantido toda a Europa inquieta". Muitos anos depois, foi cunhada uma medalha para comemorar o acontecimento. Traz, no exergo: *Disciplina militaris restituta*[62] e na legenda: *Prolusio ad victorias*[63] (FOUCAULT, 1987, p. 156).

Logicamente, desprende-se deste momento de avaliação que um resultado permanente será devido. Para a confecção de tal, o autor defende a existência de um (FOUCAULT, 1987, p. 157) "poder de escrita", capaz de registrar nos termos respectivos à instituição os elementos que compõem o indivíduo, podendo também realçar seus desvios ou paradigmas compartilhados por outros sujeitos. A crescente burocratização das instituições permite aqui uma catalogação dos indivíduos em seus estágios de desenvolvimento dentro do processo institucional, uma relativa individualização prevista pelas variações inexoráveis dos membros do grupo, e a elaboração de uma análise dos sujeitos em um escopo inexplorado: o populacional.

O estudo do indivíduo sob a perspectiva da instituição desnovela uma nova possibilidade demográfica de controle dos corpos, " (…) a preparação, o adestramento, é garantido por uma estreita rede de instituições subalternas à fábrica, cujas características modernas fundamentais estão sendo construídas exatamente neste momento." (MELOSSI, 2006, p. 46). Estabelecendo unilateralmente o perfil do indivíduo, a instituição pode não só descrever uma norma pretensamente objetiva, mas também tornar orgânica, por meio do controle da moralidade acedido pela economia da disciplina, a objetivação inicialmente artificial do processo institucional.

Sintetizando as ideias desenvolvidas, Foucault reitera que a inversão de sentido na economia da visibilidade implica na inversão das descrições individuais — embora notoriamente não-idiossincráticas — nos seguintes aspectos: conquanto a biografia feudal

62 "Disciplina militar restaurada".
63 "Preâmbulo da vitória".

expunha os ápices, feitos e coroações dos indivíduos dos quais emanava o poder, a biografia disciplinar é uma consequência direta e inevitável da penetração das massas pelo poder examinador e da subsequente adoção do *olhar* pelos próprios vigiados.

Foucault relembra o importantíssimo aspecto do poder como produtor e modificador da realidade, em detrimento das comuns descrições que realçam tão somente as características que exteriorizam relações de dominação. Sobre isso, Deleuze versa que "o funcionalismo de Foucault corresponde a uma topologia moderna que não assinala mais um lugar privilegiado como fonte do poder e não pode mais acertar a localização pontual" (DELEUZE, 2005, p. 36).

3.3 O panoptismo

O autor descreve o protocolo profusamente rígido, ordenado e vertical que regia uma cidade em fins do século XVII em caso de peste. Os elementos principais que compunham tal protocolo eram a hierarquia organizada, as tecnologias utilizadas para o controle das variáveis tanto antropológicas quanto contingenciais e os poderes que sobre tais tecnologias se erguiam, tendo na escrita de documentos descritivos e biográficos, sendo exemplo de tecnologia conectando a organização central da cidade — que agora funciona analogicamente a uma instituição disciplinar — com as subunidades respectivas até o átomo ambiental: o indivíduo. No evento da peste, então, havia uma sobreposição violenta de dois extremos do espectro de realidade política: a loucura advinda da ruína dos paradigmas vigentes, o desespero pela agora percebida fragilidade de tais paradigmas que ataca as tentativas de reestabelecer a ordem; e a supremacia do protocolo final, a racionalização dos mais ínfimos aspectos da vida, o picote infinitesimal da ontologia humana e seu processamento indiferente à dialética que se estabelece. Casares ilustra bem: " (…) o mundo, com o aperfeiçoamento das polícias, dos documentos, da imprensa, da radiotelefonia, das alfândegas, torna irreparável qualquer erro da justiça, é um inferno unânime para os perseguidos" (CASARES, 2009, p. 14).

Dois séculos antes do adágio que asserta a infernalidade do olhar do outro (SARTRE, 2007), Bentham propõe o edifício panóptico: um prédio circular cujas celas se dispõem em setores circulares divididos radialmente, separados por um vão da torre central que os observa a todos e, somada às paredes laterais, limita completamente a visão de outras celas. Sob a inescrutabilidade dos vigias na torre, os detentos se veem incapazes de decidir pela presença ou ausência deles; tão somente a possibilidade é responsável por mantê-los sob disciplina. Desconcentrando o poder das pessoas e das figuras, o panóptico o realoca para as

relações geométricas e expectativas entre as pessoas, garantindo assim uma homogenia invisível, intangível contra qualquer tentativa de revolta ou rebelião.

Sobre Bentham: "Bentham, num acesso de entusiasmo, havia comparado o poder do vigilante à onipotência divina. O dispositivo disciplinar se inscreve pois ainda, pelo seu projeto totalizante, numa visão teológica da sociedade. " (SENELLART, 1995, p. 10). Numa inversão semiótica extremada, o panóptico abandona o peso simbólico das estruturas do Antigo Regime: a força, o cadeado, as barras de ferro, a escuridão das masmorras. Em seu lugar, é alçada uma leveza insuportável aos espíritos encarcerados que, tornando progressivamente mais etérea, tem suas expectativas multiplicadas na mente do vigiado.

Em exemplificando o poderio suspenso do panóptico, Foucault elenca:

> Tentar experiências pedagógicas — e particularmente abordar o famoso problema da educação reclusa, usando crianças encontradas; ver-se-ia o que acontece quando aos dezesseis ou dezoito anos rapazes e moças se encontram; poder-se-ia verificar se, como pensa Helvetius, qualquer pessoa pode aprender qualquer coisa; poder-se-ia acompanhar "a genealogia de qualquer idéia observável"; criar diversas crianças em diversos sistemas de pensamento, fazer alguns acreditarem que dois e dois não são quatro e que a lua é um queijo, depois juntá-los todos quando tivessem vinte ou vinte e cinco anos; haveria então discussões que valeriam bem os sermões ou as conferências para as quais se gasta tanto dinheiro; haveria pelo menos ocasião de fazer descobertas no campo da metafísica. O Panóptico é um local privilegiado para tornar possível a experiência com homens, e para analisar com toda a certeza as transformações que se pode obter neles (FOUCAULT, 1987, p.168-169).

Foucault descreve o efeito do poder do panóptico nos termos das possibilidades de observação e controle sobre os vigiados que se apresentam. As transformações se que pode obter nos homens, referenciadas por Foucault quando dissertando sobre o panóptico, têm uma semelhança desconcertante com o arcabouço ideológico utilizado pelos regimes totalitaristas do século seguinte para a formulação de práticas de pesquisa e pedagógicas. Não é por acaso que, ao longo da primeira metade do século XX, serão cometidas as atrocidades que levaram à formulação do Código de Nuremberg:

> *O Tribunal de Nuremberg, em 9 de dezembro de 1946, julgou vinte e três pessoas — vinte das quais, médicos — que foram consideradas criminosas de guerra, pelos brutais experimentos realizados em seres humanos. Em 19 de agosto de 1947 divulgou as sentenças, além de um documento que ficou conhecido como Código de Nuremberg. Sete acusados foram condenados à morte. Este documento tornou-se um marco na história da humanidade: pela primeira vez, estabeleceu-se recomendação internacional sobre os aspectos éticos envolvidos na pesquisa em seres humanos (CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP, 2002).*

É nas diferenças, entretanto, que o autor contrasta a cidade pestilenta com o

panóptico; estabelecendo a dialética vida-morte na cidade, presencia-se um objetivo, um fim tangível, capaz de encerrar a estrutura de poder quando atingido e dissolver a infraestrutura que justificava a imposição da ordem. O panóptico, pelo contrário, é independente da racionalização que se expõe para os vigiados: ele é, até em último grau, integralmente generalizável e capaz de ser adaptado para quaisquer fins, por seu efeito ser independente de qualquer objetivo tocável. É na invisibilidade do poder-vigia que reside o potencial panóptico, em seu corte unilateral do escambo de visibilidade que se tinha em todas as estruturas de poder pretéritas.

A versatilidade do panóptico se faz necessária de ser iterada: sua aplicação nas diversas instituições disciplinares citadas por Foucault anteriormente — hospitais, escolas, penitenciárias, acampamentos militares, etc. — é não só possível como, em todos os casos, efetiva. A contingência da corrupção do panóptico, diz o autor, é liquidada com a abertura da estrutura central ao acesso público. Sob o olhar da sociedade, os vigias são imersos na mesma situação de vigilância que seus vigiados estão, mas distingue-se a importante dissimetria de que o vigia sabe quando está sendo vigiado, e, por isso, está sujeito a uma maior pressão moral em comparação à pressão disciplinar exercida sobre o vigiado.

Avançando do primitivo objetivo disciplinar de suprimir o desarranjo e organizar os corpos, obtém-se na lógica panóptica um novo intuito de fazer por meio da sinergia organizacional que os corpos tenham sua produtividade multiplicada. Não mais coagidos ao serviço; eles devem se sentir engajados na atividade, atraídos pela estetização dos ideais políticos e morais da instituição respectiva. Perde-se aqui o indivíduo inexoravelmente ineficaz, apto à desobediência, e ganha-se o indivíduo fabricado.

Se de um lado há a sintetização do poderio disciplinar na manifestação física do panóptico, por outro há uma insidiosa e sutil derivação das estruturas de poder principais. Dada as possibilidades técnicas que permitiram a biografia disciplinar, há a capacidade de se investigar com *provas irrefutáveis* a genealogia dos desvios do vigiado. Se dele próprio nada se consegue, que se pergunte aos familiares, aos vizinhos, aos colegas de trabalho; de modo que pelos âmbitos paralelos da vida se efetive o controle extrainstitucional.

Foucault associa a processos históricos a genealogia da sociedade disciplinar: a grande natalidade do século XVIII atrelada à implicada multiplicidade de pessoas e às possibilidades a serem exploradas com o controle dos múltiplos grupos sociais da época — operários da segunda fase da Revolução Industrial, militares por conta dos conflitos europeus do século, advento de ciências como psicologia e pedagogia, etc. É contra ao caos desta época que se torna a disciplina, para diminuí-la em seus efeitos nas massas e fazê-las úteis, manipuláveis e previsíveis. A sociedade disciplinar "tem certos objetivos e meios comuns de

lidar eficazmente e minuciosamente com a vida de cada indivíduo em particular" (SANTOS, 2013, p. 44).

A estrutura panóptica de poder, em seu aspecto social, não é diretamente conectada com as estruturas jurídico-políticas de poder; o que não a torna isolada. Se por um lado ela se insere numa sociedade pretensamente regida por conceitos igualitários e republicanos — França, século XVIII —, por outro ela faz isso de uma miríade de infinitesimais instâncias de controle disciplinar, assimétrico e vertical, que são impostas ao vigiado. Nesse aspecto, o controle disciplinar funciona como um contraposto do direito. Em quando se aceita a regulamentação disciplinar, ainda que institucional, se abdicam parcialmente os direitos macroscópicos, garantidos pela cidadania. Tem-se aqui, portanto, que, em oposição ao senso comum, a prerrogativa punitiva não deriva, na sociedade com instituições disciplinares, de um entendimento amplo e geral da lei como entendida para com o respectivo país, mas de uma malha extensa e microscopicamente complexa de direitos intrainstitucionais.

Em contraste com as invenções físicas — fornos, máquinas, vapor, aço, eletricidade —, a invenção do panóptico e dos processos modernos de disciplina tiveram um enfoque minoritário nas revisões históricas. Mais caracterizado como um sonho utópico organizacional, o edifício de Bentham pode ter sua genealogia traçada pelo processo inquisitório medieval, pela compartilhação das características da metalegalidade e da infinitesimal procura dos desvios individualíssimos.

Capítulo 4 – Prisão

4.1 Instituições completas e austeras

Foucault então ressalta um equívoco quando se faz a genealogia da prisão. Conquanto comumente se considera que o início da prisão como pena se dá nas reformas jurídicas europeias dos séculos XVIII e XIX — pena essa descrita em termos da sua pretensa aplicabilidade geral, igualitária e justa; o autor a descreve como uma consequência inevitável da necessidade de se estabelecer guarda sobre outrem, de se formularem estruturas de poder e disciplina e tornar úteis os corpos submetidos a elas.

Faz-se, a princípio, intrigante, então, a questão de como uma sociedade inicialmente isenta de dependência da prisão como punição se fez dependente a ponto de tornar-se ubíqua e de serem desconsideradas quaisquer hipóteses punitivas alternativas. A explicação para isto está, de acordo com Foucault, na reciprocidade da unidade de retribuição que o indivíduo paga à sociedade por seu crime. O tempo seria aqui o denominador comum que permitiria ao sistema judiciário levar a cabo sua proposta igualitária e niveladora de punição, em oposição ao paradigma anterior, regido pelo *status* social do indivíduo, dentro do contexto monárquico absolutista, a ser punido.

Não é, entretanto, só nesse aspecto econômico que se sustenta o apreço social à prisão. Pelo uso integrado de métodos, tecnologias e processos disciplinares, tão somente a prisão aparece no imaginário social como a opção viável para a correção dos desvios do condenado. Percebe-se, portanto, que a prisão teve seu desenvolvimento correlato e intrínseco às suas revisões. O que se considera como reformas não foram mais que adaptações e melhorias que já eram implicadas pela natureza da instituição, não pela conjuntura histórico-cronológica.

Em se referindo às características da prisão, o autor asserta:

> *Primeiro princípio, o isolamento. Isolamento do condenado em relação ao mundo exterior, a tudo o que motivou a infração, às cumplicidades que a facilitaram. Isolamento dos detentos uns em relação aos outros. Não somente a pena deve ser individual, mas também individualizante. E isso de duas maneiras. Em primeiro lugar, a prisão deve ser concebida de maneira que ela mesma apague as consequências nefastas que atrai ao reunir num mesmo local, condenados muito diversos: abafar os complôs e revoltas que se possam formar, impedir que se formem cumplicidades futuras ou nasçam possibilidades de chantagem (no dia em que os detentos se encontrarem livres), criar obstáculo à imoralidade de tantas "associações misteriosas" (FOUCAULT, 1987, p. 199).*

É no silêncio e na solidão que o projeto da prisão propõe que seja fermentada,

dentro na mente e do espírito do detento, a mudança moral esperada de uma instituição corretiva. Em oposição à resistência à punição, o detento é incapaz de — tendo uma — fugir de sua consciência.

É retratado, em seguida, o problema da concepção do trabalho intraprisional como competitivo ou beneficiado em relação ao trabalho extraprisional. De fato, tal problema traz consigo um mínimo de verdade: por vezes o trabalho infraprisional era mais regularizado ou mais estável que seu oposto. Não deveria, entretanto, ser concebido como era o extraprisional. O trabalho do detento possuía o intuito primo de torná-lo — por meio da coação à habituação — dócil e acostumado às tarefas que se desejaria que fossem cumpridas no exterior da instituição. É por meio do trabalho que, forçosamente, o prisioneiro se torna provedor de sua própria existência.

É inclusive no objetivo de regenerar que se encontra o fim de outra característica prisional: a mutabilidade do valor cronológico da pena após a condenação por parte da instituição carcerária. Se estabelece um prospecto de escambo de tempo entre a instituição e o detento que serve para induzi-lo à cooperação. É com o prisioneiro condenado, e com seu desenvolvimento na instituição, que se estabelece o valor; não com o criminoso em termos de sua ofensa à sociedade.

Regresso, aqui, de todo o aparato subjetivo dos poderes em vigor de alterar a pena; estereotipado pelo juiz do Antigo Regime e sua modulação arbitrária, e pelo monarca em seu absolutismo obstrusivo que, dispensando o sistema legal, anula ou hiperboliza a pena.

Estabelece-se, então, um embate pelo controle do poder carcerário. Por um lado, se encontram os juízes que, do tribunal, esperam que sua determinação seja levada a cabo conforme designado; por outro, encontram-se os gerentes da instituição prisional propriamente dita, desejosos de uma amplificação do controle infinitesimal da vida proporcionada pelo prospecto citado no penúltimo parágrafo.

Faz-se necessária, por ambos os casos, o controle e registro biográfico do indivíduo enquanto em desenvolvimento dentro da prisão. Pelo lado da instituição, por suas necessidades óbvias; pelo lado do tribunal, pelo anseio de fazer eficiente e evidenciável o resultado das ações tomadas na corte. Toda uma base científica, e por vezes pseudocientífica, se estabelece para tentar designar padrões nos quais encaixar os indivíduos numa criminalística primitiva e estabelecer critérios normativos para com os quais se comparar tanto o indivíduo-condenado quanto o indivíduo-detento.

É para fazer a ponte entre o conceito feudal do homem-monstro, aberração moral e do homem imerso no sistema punitivo dos séculos XVIII e XIX que se fabrica o conceito de

delinquente e, com ele, a base teórica da criminologia; essa que fundamenta a biografia do homem-detento e legitimiza seu controle pela instituição. Inscreve-se a punição como panaceia conhecidamente eficaz. É possível agora entender agora o problema do trabalho e da punição, do esforço ao que o detento deve ser submetido. É evidente, portanto, o porquê de que a justiça tenha anuído com tanta facilidade um produto bastardo, ilegítimo dela própria no funcionamento do sistema judiciário à época.

4.2 Ilegalidade e delinquência

Conforme Foucault, a teleologia da mudança que ocorre a partir da teatralidade dos suplícios medievais e se prolonga até os edifícios impenetráveis e austeros, comportadores de um microcosmo extralegal. Por fim, afirma que "essa passagem, um sintoma e um resumo: a substituição, em 1837, da cadeia dos forçados pelo carro celular" (FOUCAULT, 1987, p. 215). Ocorre em seguida uma detalhada descrição da considerada última cadeia, na França. De início, o condenado foi feito sujeito de um ritual semelhante ao suplício. Seu pescoço preso por coleiras de ferro mantidas no lugar por cravos martelados a centímetros da cabeça. Os níveis sociais todos assistiram, desde a nobreza curiosa à plebe que alternadamente clamava por piedade ou castigos piores. Num acesso de entendimento, os respectivos níveis propunham explicações para o que houvera e para quem eram os culpados ou inocentes: jornais biografando a vida do condenado, os pares tentando distinguir por comportamento ou feição a culpa, os superiores aplicando pretensas criminologias e ciências para enquadrar a situação em sua percepção de mundo; mesmo o próprio acorrentado possuía modos de se fazer ouvido: as tatuagens em seu peito marcavam seus feitos.

Com base nesta descrição que Foucault considera racional o movimento contra ela. Era necessário dar fim à justiça que se dispunha a ser rechaçada pelo humor, desacordada pelos miseráveis, em troca de uma potencialidade de demonstração de poder tão similar ao suplício. Que dali para frente fosse dada à transferência espacial a mesma severidade desapegada do burocratismo privado que fora dada à punição propriamente dita. Deu-se um avanço tecnológico em tal direção:

> *Ora, o que foi adotado, em junho de 1837, para substituir a cadeia, não foi a simples carroça coberta de que se falara um momento, mas uma máquina bem cuidadosamente elaborada. Uma carruagem concebida como prisão ambulante. Um equivalente móvel do Panóptico, dividido em todo o comprimento por um corredor central: de um lado e de outro, seis celas onde os detentos estão sentados de frente. Seus pés são passados em anéis forrados de lã por dentro e reunidos entre si por*

> *cadeias de 18 polegadas; as pernas são presas em joelheiras de metal. O condenado fica sentado sobre "uma espécie de funil de zinco e carvalho aberto sobre a via pública". A cela não tem nenhuma janela para fora; é inteiramente forrada de chapas metálicas; só um basculante, também de lata furada, dá passagem a "uma corrente de ar conveniente " (FOUCAULT, 1987, p. 219).*

A progressão social da instituição penitenciária não seguiu, estranhamente, de acordo com o autor, a lógica que se espera. Em vez de uma sequência lógica e compassada de problemas, tentativas e críticas; o que ocorreu foi uma superposição entre as diferentes etapas do processo. Revela-se importante ressaltar que as críticas à época eram, em sua generalidade, as mesmas que, à época do autor, eram conjuradas: a ineficiência das prisões na retração das taxas de criminalidade; a detenção como era feita implicava em reincidência; a natureza coercitiva da prisão pode levar o detento a, por não sentir-se merecedor dos castigos extralegais, a se rebelar contra a própria culpa; despreparo dos vigias que, sem preparo para seu ofício, abrem brechas para a desarticulação do projeto penitenciário; a expropriação de sua realidade de trabalho do âmbito correcional para o âmbito comercial pela introdução de comerciantes externos à instituição; permite, pela proximidade física e conflitos constantes, o estabelecimento e manutenção de organizações vagas de delinquentes; o compartilhamento de conhecimentos e habilidades dentro de tais organizações; a criação de uma moral de classe; a impossibilidade de manutenção saudável da vida extrainstitucional por conta dos registros estigmatizantes do processo criminal e a obrigatoriedade de sua exibição e, por fim, a extensão da ignomínia e das dificuldades socioeconômicas à família do condenado, aumentando assim a probabilidade de uma reverberação do crime.

O projeto penitenciário, entretanto, sempre foi suposto como plausível, mesmo dadas tais críticas, caso fosse aplicado tal qual era proposto teoricamente[64]*. Se a partir do*

64 Cf. p. 224 e 225, em que o autor enumera os princípios que regem o projeto penitenciário:

1) A detenção penal deve então ter por função essencial a transformação do comportamento do indivíduo;
2) Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação;
3) As penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas.
4) O trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos. O trabalho penal;
5) A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento;
6) O regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos;
7) O encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento. Seria necessário não só vigiá-lo à sua saída da prisão.

fracasso do projeto penitenciário aplicado é emanada a perseguição extrainstitucional do detento, pode-se perguntar o motivo deste aparente paradoxo. A hipótese do autor é que não se propondo mais ser um aparelho repressor, o projeto da penitenciária se insere na sociedade como um regulador de indivíduos, separando-os e distinguindo-os de acordo com suas disposições para com a sociedade e suprimindo a integração efetiva dos detratores da ordem com o resto da sociedade civil. Não era só a isso, entretanto, que se limitava a utilidade de tal delinquência. A penalidade de detenção, e seu aparente fracasso, eram, na verdade, métodos de estabelecer uma interface entre o poder institucional e os corpos individuais; torná-los úteis, dóceis, economicamente versáteis, "portanto, aumentar a utilidade econômica e diminuir os inconvenientes, os perigos, políticos; aumentar a força econômica e diminuir a força política" (MACHADO, 2001, p. XV-XVII). De modo que da própria instituição se articulasse o poder para gerenciar atividades criminosas diferentes — a hierarquização da prostituição e a necessidade de conectá-la com camadas da sociedade progressivamente mais moralistas; produção, distribuição e venda de narcóticos e bebidas em países que as proibiam; agentes provocadores ou atores políticos dispostos a se infiltrar em partidos — com um menor uso de recursos na economia de poder. Extrapolava-se, portanto, o aspecto extralegal da instituição para fora dela própria, envolvendo outras instituições e a sociedade propriamente dita.

A vigilância, tanto da polícia sobre a delinquência geral quanto da delinquência dócil sobre a delinquência indócil, se destaca como método de manutenção deste poder subpolítico: um poder exercido fora da moralidade da sociedade que, entretanto, não gera atrito por ser de tal forma discreto. Foucault descreve como prova da imersão deste poder na lógica policial o registro de documentação relativa a tais delinquentes e derivada de suas operações em variados departamentos governamentais da França do século XIX. É exatamente a dificuldade imposta pelos mecanismos de manutenção do estigma que os impele e permite que façam seu trabalho neste novo âmbito.

O conjugado polícia-justiça não possuía o objetivo de diminuir a criminalidade, de suprimir o que haveria de ser cometido e punir o que fora, mas de estabelecer métodos e mecanismos para a sujeição desta classe de delinquência à dinâmica de poder da qual toda a sociedade era componente.

Foucault evidencia na morte de um delinquente francês célebre a comemoração dos valores dessa ilegalidade dócil e seu consequente significado, a aceitação, por parte da burguesia, de uma estetização desse nicho social, um passo evolucionário adiante dos criminosos de folhetim exaltados nos suplícios medievais:

> *Mas trazia consigo, pelo menos em estado virtual, um horizonte de ilegalidades que, ainda recentemente, haviam sido ameaçadoras: esse pequeno-burguês arruinado, que sabia falar e escrever, uma geração antes teria sido revolucionário, jacobino, regicida; contemporâneo de Robespierre, sua recusa das leis poderia ter tido efeito num campo imediatamente histórico. Nascido em 1800, quase como Julien Sorel, seu personagem tem a marca dessas possibilidades; mas elas descambaram para o roubo, o assassinato e a denúncia. Todas aquelas virtualidades se tornaram uma delinqüência de bem pouca envergadura: nesse sentido, Lacenaire é um personagem tranqüilizador. E se reaparecem, é no discurso que ele faz sobre a teoria do crime. No momento da morte, Lacenaire manifesta o triunfo da delinqüência sobre a ilegalidade, ou antes a figura de uma ilegalidade confiscada por um lado na delinqüência e deslocada por outro para uma estética do crime, ou seja, para uma arte das classes privilegiadas (FOUCAULT, 1987, p. 235-236).*

O autor reitera, por fim, que não há exatamente o que se acreditava ser uma natureza criminosa, mas implicações inevitáveis de quem era o indivíduo dentro de sua sociedade. "Jogos de força" que geram resultados em função dos recursos disponíveis aos jogadores: os miseráveis, tendo acesso aos privilégios que se esperava da vida burguesa ou nobre, ocupariam os mesmos cargos daqueles que os condenavam à reclusão ou ao trabalho forçado; os ricos, atirados à miséria em que a população sob jugo se encontrava, encarariam a realidade de uma existência desimpoderada, em que suas escolhas não tinham peso e o que lhe era atribuído como responsabilidade não era necessariamente algo sob seu controle ou, sendo, necessariamente sob neutralidade de escolha.

4.3 O carcerário

Em discursando sobre uma determinação de data para a solidificação do sistema carcerário, Foucault distingue, dentre uma série de outras possibilidades, a abertura em 1840 da colônia carcerária de Mettray. Assumindo quase todas as características de sistemas de poder modernos até agora mencionados pelo autor, Mettray se torna única por ser a primeira a ter aspectos de todas as instituições de controle "tem alguma coisa do 'claustro, da prisão, do colégio, do regimento' " (FOUCAULT, 1987, p. 243). Adicionalmente, também tem algo da fábrica e do judiciário. Os detentos eram responsáveis pela produção e em todos os dias eram feitos julgamentos — todos severamente rígidos, "em outras palavras, a produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de proletários a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica" (PAVARINI, 2006, p. 211).

Em diversidade às outras instituições de poder, Mettray teve seus profissionais qualificados e progressivamente inseridos dentro do próprio processo ao qual eram sujeitos seus colonos. Uma meta-iteração que assegurava os papéis dos vigias, tão sujeitos em outras

instituições aos vícios da profissão.

Se há um motivo, o autor disserta, para que se eleja Mettray, é ser o conjunto-intercessão de dois mundos completamente diversos: o do encarceramento tal qual definido nos termos da lei, e a disciplina ilegal, subjacente dentro das instituições oficiais e pretensamente inexistentes fora delas. É por não desejar cumprir com os objetivos de domesticação da delinquência, e, em vez disso, sua verdadeira correção, que Mettray consegue uma pureza processual que a aproxima da prática descrita idealmente nos termos dos capítulos anteriores.

As instituições que — chamadas por Foucault de arquipélago carcerário —, como Mettray, tangenciam tanto a prisão judicialmente articulada quanto as instituições de poder civis — orfanatos, creches, oficinas, indústrias primitivas, conventos, escolas, etc. — tem a ubíqua característica de terem toda a população da sociedade civil como grupo amostral, em contraste com as prisões (que tão somente submetiam a população infratora) e com as instituições específicas (que alcançavam somente os respectivos grupos).

Se por um lado a lógica medieval de poucas instituições, cada qual associada a um tipo de indisciplina e sua intensidade, precisava de largos passos para suprimir o comportamento desviado de um indivíduo; as instituições de vigilância e controle são infinitamente mais versáteis, difusas sobre um espectro que as permite uma flexibilidade maior na distribuição de punições.

Herdado do sistema penitenciário, o controle sobre a delinquência se diversifica e é tornado exuberante pela multiplicidade das instituições que compõem o arquipélago. Em que antes se havia somente um ambiente para a moldagem de tais delinquentes, agora se pode submetê-los gradualmente a níveis crescentes de disciplina e controle, injetando-os mais ainda dentro de uma articulação oficial das ilegalidades estabelecida anteriormente.

Se por estarem indispostos a exercer o ato do julgamento e receberem o respectivo ônus econômico do poder, os juízes abrem espaço para que seu trabalho seja repetido por outrem nos interstícios de seu poder. Assume a responsabilidade o professor, o carcereiro, o pedagogo, o psiquiatra, o delinquente maturado.

> *Portanto, se há um desafio político global em torno da prisão, este não é saber se ela será não corretiva; se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exercerão nela mais poder que os administradores e guardas; na verdade ele está na alternativa prisão ou algo diferente de prisão. O problema atualmente está mais no grande avanço desses dispositivos de normalização e em toda a extensão dos efeitos de poder que eles trazem, através da colocação de novas objetividades (FOUCAULT, 1987, p. 253).*

É ao não ser um dispositivo reciprocitivo, a serviço do Estado, mas um artefato poderoso na economia do poder que a prisão se torna um canal pelo qual passam as ciências, os conhecimentos e as técnicas da idade moderna.

Considerações finais

Tem-se por conclusão o caráter evolutivo das medidas penais de forma disciplinar por meio da coerção. A função das medidas penais, além de outras, é principalmente a manifestação e demonstração de um poder emanado de um soberano, com finalidade de demonstrar e impor limites estabelecidos, para que assim exista manutenção do poder.

O suplício então se estabelece como a forma de punição respectiva ao supliciado em sua postura e desafiante do poder monárquico. A desproporcionalidade entre a ofensa e a pena serve como demonstrativo da propriedade do monarca sobre o Direito que regia sua população e a reação inevitável que viria da provocação à lei real.

É visto que as penas de suplício retratadas neste estudo não eram desprovidas de metodologia, mas sim altamente requintadas, com a intenção de elevar a dor ao máximo do apenado e demonstrar de forma ímpar a crueldade.

Essas penas de suplício, hoje vistas com profundo desprezo, à época em que utilizadas eram correlatas ao contexto social, não sendo entendidas como um abuso de poder, tampouco como penas absurdas. Deve-se ter a generosidade de entender os aspectos sociais, culturais e políticos existentes à época para que tivessem esse entendimento do Direito Penal.

A evolução social muda essa visão, não de forma abrupta, tornando-a – pena de suplício – cada vez mais em desuso, considerando crescentemente o ser humano, começa o entendimento de que poderiam existir motivos para que o criminoso cometesse tais ilicitudes, tornando o suplício obsoleto.

As prisões, hora antes não tão centralizadas no contexto criminal, passam a ser aprimoradas, como visto no conceito de panóptico, uma estrutura extremamente rebuscada, com intuito de aprisionamento físico e mental, onde delimitava-se espaço físico, também prendendo-o mentalmente, pois não existe contato com outro em semelhante situação, tampouco sabe se está sendo observado por uma estrutura gigantesca, a qual é a única coisa que consegue ver, sendo que não consegue enxergar o que está dentro, e sabe que o que está dentro pode lhe enxergar.

O surgimento das tecnologias de docilização do homem e extração de sua utilidade concorreu para a criação de novas instituições disciplinares cujo conjunto fornece a gênese das prisões modernas; tem-se aqui a genealogia inicialmente pretendida pela obra em questão. As prisões, unidades dentro do sistema penal, têm sua circunscrição afirmada pelas características que herda de tais instituições. Seu objetivo, entretanto, diverge dos objetivos meramente funcionais dos hospitais, escolas, casas de correção e quartéis. É com o fim de tornar em

engrenagem o homem que se rebelava contra a punição.

Sendo assim, é clarividente que o Direito Penal, em relação aos aspectos de pena está em constante mudança.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua, v. I. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998

CARVALHO, A.F. de. **História e subjetividade no pensamento de Michel Foucault.** 2007. 242f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

CASARES, Adolfo Bioy. **A invenção de Morel.** São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault –** Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. **Código de Nuremberg**. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>. Acesso em: 19 de fev. 2016.

DELEUZE, Gilles. **Foucault.** 6. ed.. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DREYFUS, Hubert L. e RABINOW, Paul. **Michel Foucault:** uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

EWALD, François. **Foucault.** A norma e o Direito. Lisboa: Veja, 2000.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

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

HOLLOWAY, John. **Mudar o mundo sem tomar o poder.** São Paulo: Boitempo, 2003.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social.** Rio de Janeiro/ São Paulo: Revan, 2004.

MACHADO, Roberto. "Introdução: por uma genealogia do poder". In: Foucault, Michel. **Microfísica do poder.** Rio de Janeiro: Graal, 2001.

MELOSSI, Dario. "Cárcere e trabalho na Europa e na Itália, no período de formação do modo de produção capitalista". In: Melossi, Dario; Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica:** as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

NOTO, C.S. **A ontologia do sujeito em Michel Foucault**. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PAVARINI, Massimo. "A invenção penitenciária: a experiência dos EUA na primeira metade do século XIX". In: MELOSSI, Dario; Pavarini, Massimo. **Cárcere e Fábrica:** as origens do sistema penitenciário (séculox XVI-XIX). Rio de Janeiro/São Paulo: Revan, 2006.

PRADO FILHO, Kleber. **Uma breve genealogia das práticas jurídicas no ocidente.** Psicol. Soc., Belo Horizonte, v. 24, n. spe, p. 104-111, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000400015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2016-04-23.

SANTOS, Eduardo Altheman Camargo. **A economia do poder e o poder da economia**: neoliberalismo e governamentalidade em Foucault. 2013. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SARTRE, Jean-Paul. **Entre quatro paredes**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

SENELLART, Michel. **A crítica da razão governamental em Michel Foucault**. Tempo soc., São Paulo, v. 7, n. 1-2, p. 1-14, Out. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701995000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2016-04-23.

SILVA, Alessandra Devulsky da. **Edelman**: althusserianismo, direito e política**.** Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008.

SILVEIRA, Fernando de Almeida. **Michel Foucault e a constituição do corpo e da alma do sujeito moderno**. 2001. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2001.

VAZ, Paulo. **Um pensamento infame.** História e liberdade em Michel Foucault. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

VIANNA, G. S. S. **Disciplina, direito e subjetivação:** uma análise de Punição e estrutura social, Vigiar e punir e Cárcere e fábrica. 2010. 172 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2010.

ANEXO A – Biografia de Michel Foucault

Nascido em uma família tradicional de médicos, Michel Foucault frustrou as expectativas de seu pai, cirurgião e professor de anatomia em Poitiers, ao interessar-se por história e filosofia. Apoiado pela mãe, Anna Malapert, mudou-se para Paris em 1945 e antes de conseguir ingressar na École Normale da rue d'Ulm, foi aluno do filósofo Jean Hyppolite, que lhe apresentou à obra de Hegel.

Em 1946 conseguiu entrar na École Normale. Seu temperamento fechado o fez uma pessoa solitária, agressiva e irônica. Em 1948, após uma tentativa de suicídio, iniciou um tratamento psiquiátrico. Em contato com a psicologia, a psiquiatria e a psicanálise, leu Platão, Hegel, Marx, Nietzsche, Husserl, Heidegger, Freud, Bachelard, Lacan e outros, aprofundando-se em Kant, embora criticasse a noção do sujeito enquanto mediador e referência de todas as coisas, já que, para ele, o homem é produto das práticas discursivas.

Dois anos depois, Foucault se licenciou em Filosofia na Sorbone e no ano seguinte formou-se em psicologia. Em 1950 entrou para o Partido Comunista Francês, mas afastou-se devido a divergências doutrinárias.

No ano de 1952 cursou o Instituto de Psychologie e obteve diploma de Psicologia Patológica. No mesmo ano tornou-se assistente na Universidade de Lille. Foucault lecionou psicologia e filosofia em diversas universidades, na Alemanha, na Suécia, na Tunísia, nos Estados Unidos e em outras. Escreveu para diversos jornais e trabalhou durante muito tempo como psicólogo em hospitais psiquiátricos e prisões.

Aos 28 anos publicou "Doença Mental e Psicologia" (1954), mas foi com "História da Loucura" (1961), sua tese de doutorado na Sorbone, que ele se firmou como filósofo, embora preferisse ser chamado de "arqueólogo", dedicado à reconstituição do que mais profundo existe numa cultura - arqueólogo do silêncio imposto ao louco, da visão médica ("O Nascimento da Clínica", 1963), das ciências humanas ("As Palavras e as Coisas", 1966), do saber em geral ("A Arqueologia do Saber", 1969).

Esteve no Brasil em 1965 para conferência à convite de Gerard Lebrun, seu aluno na rue d'Ulm em 1954. Em 1971 ele assumiu a cadeira de Jean Hyppolite na disciplina História dos Sistemas de Pensamento. A aula inaugural foi "a Ordem do discurso".

A obra seguinte, "Vigiar e Punir", é um amplo estudo sobre a disciplina na sociedade moderna, para ele, "uma técnica de produção de corpos dóceis". Foucault analisou os processos disciplinares empregados nas prisões, considerando-os exemplos da imposição, às pessoas, e padrões "normais" de conduta estabelecida pelas ciências sociais. A partir desse

trabalho, explicitou-se a noção de que as formas de pensamento são também relações de poder, que implicam a coerção e imposição.

Assim, é possível lutar contra a dominação representada por certos padrões de pensamento e comportamento sendo, no entanto, impossível escapar completamente a todas e quaisquer relações de poder. Em seus escritos sobre medicina, Foucault criticou a psiquiatria e a psicanálise tradicionais.

Deixou inacabado seu mais ambicioso projeto, "História da Sexualidade", que pretendia mostrar como a sociedade ocidental faz do sexo um instrumento de poder, não por meio da repressão, mas da expressão. O primeiro dos seis volumes anunciados foi publicado em 1976 sob o título "A Vontade de Saber".

Em 1984, pouco antes de morrer, publicou outros dois volumes: "O Uso dos Prazeres", que analisa a sexualidade na Grécia Antiga e "O Cuidado de Si", que trata da Roma Antiga. Foucault teve vários contatos com diversos movimentos políticos. Engajou-se nas disputas políticas nas Guerras do Irã e da Turquia. O Japão é também um local de discussão para Foucault. Várias vezes esteve no Brasil, onde realizou conferências e firmou amizades. Foi no Brasil que pronunciou as importantes conferências sobre "A Verdade e as Formas Jurídicas", na PUC do Rio de Janeiro.

Os Estados Unidos atraíram Foucault em função do apoio à liberdade intelectual e em função de São Francisco, cidade onde Foucault pôde vivenciar algumas experiências marcantes em sua vida pessoal no que diz respeito à sua homossexualidade. Berkeley tornou-se um pólo de contato entre Foucault e os Estados Unidos.

Em 25 junho de 1984, em função de complicadores provocados pela AIDS, Foucault morreu aos 57 anos, em plena produção intelectual.*

* Fonte: UOL EDUCAÇÃO. **Paul-Michel Foucault**. Disponível em: < http://educacao.uol.com.br/biografias/paul-michel-foucault.htm>. Acesso em: 15 de jun. 2016.