

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA



VIII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

DÉCIO FRANCO DAVID

JOSÉ ANTONIO REMÉDIO

VALTER FOLETO SANTIN

©2018 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Décio Franco David, José Antonio Remédio & Valter Foletto Santin
(Orgs.)

Luiz Fernando Kazmierczak
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do VIII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Violência e Criminologia / Décio Franco David, José Antonio Remédio & Valter Foletto Santin, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2018. (Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-73-9

1. Violência e Criminologia / Décio Franco David, José Antonio Remédio & Valter Foletto Santin

CDU-344

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Violência e Criminologia.
344

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A ATUAÇÃO DO PATRONATO MUNICIPAL NA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DE PENA E DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES	6
Guilherme Barbosa da SILVA Ygor Biaggioni BATISTA	
A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO	23
Luma Teodoro da SILVA	
A REAÇÃO DAS MINORIAS EM FACE DOS FENÔMENOS DE EXCLUSÃO SOCIAL: A ORIGEM DAS SUBCULTURAS CRIMINAIS	43
Diogo Ramos CERBELERA NETO Francisco Lozzi da COSTA	
ALIENAÇÃO PARENTAL NA GUARDA COMPARTILHADA	59
André Luiz Pinedo DIAS Lavínya Beatriz Barros MARTINELLI	
A NATUREZA JURÍDICA DO DESCUMPRIMENTO EM UM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DA TEORIA GERAL DO PROCESSO: ÔNUS VERSUS DEVER	72
Guilherme Martins Barbatto PIVA Guilherme Prado Bohac de HARO	
A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO BRASIL E AS ATUAIS POLÊMICAS DE ENVOLVIMENTO DOS ANIMAIS EM MANIFESTAÇÕES CULTURAIS	92
Anne Pelegrini MONTEIRO Glauco Roberto Marques MOREIRA	
A SELETIVIDADE PENAL NA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA: ANÁLISE DO CASO RAFAEL BRAGA VIEIRA	106
Débora Gonçalves TOMITA Fernanda PRADO	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: CONTROLE JURISDICIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE	123
Bruna Camila da SILVA Fernanda Heloisa Macedo SOARES	
A VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL: O DEPOIMENTO ESPECIAL E A OBRIGATORIEDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS À LUZ DA LEI 13.341/2017	149
Andressa Tanferri SENTONE	

DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO E CONSUMO PESSOAL DE DROGAS: DA DESPENALIZAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO À DESCRIMINALIZAÇÃO EM PORTUGAL	167
Aline Terra Ribeiro Souza REIS Silvana Cristina Cruz e MELO	
DESDOBRAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO CRIMINAL E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DO ETIQUETAMENTO	181
Beatriz Ferruzzi REBES Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI	
ENTRE MEDIDAS E URGÊNCIAS: A APLICABILIDADE DE UMA CRIMINOLOGIA FEMINISTA PELO NÚCLEO MARIA DA PENHA – NUMAPE/UENP	193
Vitória Sumaya Yoshizawa TAUIL Brunna Rabelo SANTIAGO	
INFRAÇÕES DISCIPLINARES NA EXECUÇÃO PENAL: CONTRIBUIÇÕES A UMA “TEORIA DA PENA DISCIPLINAR”	211
Vinícius Flores BRANCO Florestan Rodrigo do PRADO	
JUSTIÇA RESTAURATIVA: DESAFIOS E IMPACTOS NA MODERNIDADE INDIVIDUALISTA	233
Renan Cauê Miranda PUGLIESI Matheus Conde PIRES	
MODELOS PRISIONAIS PARA TRANSEXUAIS E TRAVESTIS NO BRASIL	251
Geanna Moraes da Silva	
MULHERES DO CÁRCERE: DA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA ÀS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS DETENTAS	273
Carla Graia CORREIA Isadora Ribeiro CORRÊA	
NUMAPE: A LUTA CONTRA O SIMBOLISMO PENAL DA LEI 11.340/2006	291
Beatriz ABUJAMRA Layana Mara Laiter MARTINS	
O EMPODERAMENTO FEMININO COMO INSTRUMENTO CULTURAL NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	307
Carla BERTONCINI Fabiani Daniel BERTIN	
O PAPEL DO ESTADO COMO GARANTIDOR DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ESTUDO POR APENADOS: RESOLUÇÃO NO 06/2017 DO CNPCP E VEDAÇÃO DE RETROCESSO	327
Décio Franco DAVID	

Jaqueline Alexandra MACCOPPI

**OS CRIMES CIBERNÉTICOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E SUA NOVA
ROUPAGEM: A VINGANÇA PORNOGRÁFICA E O *CYBERBULLYING*** 345
Hugo Stéphanou Rufino BELEZZI

**PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: A INTERNET COMO MEIO DIFUSOR DA
VIOLÊNCIA DE GÊNERO** 365
Flávia Adriana GUEDES
Luiz Fernando KAZMIERCZAK

RESPONSABILIDADE PENAL DO SERIAL KILLER 379
Andrezza Damasceno MACHADO
Meirielen Soares da CUNHA

***ROSTOS SEM FACE* E A LEGITIMIDADE DA PUNIÇÃO PELA SOCIEDADE PARALELA** 400
Isabella Cossa do Prado OLIVEIRA

**TRANSFOBIA E A INVISIBILIDADE DAS PESSOAS TRANSGÊNERAS NO SISTEMA
PRISIONAL BRASILEIRO** 419
Dirceu Pereira SIQUEIRA
Sabrina Medina ANDRECIOLI

A ATUAÇÃO DO PATRONATO MUNICIPAL NA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DE PENA E DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES

Guilherme Barbosa da SILVA¹
Ygor Biaggioni BATISTA²

RESUMO

Busca-se por meio deste trabalho demonstrar as diversas espécies de penas privativas de liberdade vigentes no atual ordenamento jurídico, bem como as hipóteses de substituição por restritivas de direitos. Não menos importante será a explanação dos Institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, pontuando sobre os requisitos e benefícios trazidos pela Suspensão Condicional do Processo e Transação Penal. A partir deste cenário apresenta-se o Patronato Municipal, órgão de execução penal composto por uma equipe multidisciplinar, que oferece serviços gratuitos e integrais nas áreas de psicologia, direito, assistência social, pedagogia e administração, com intuito de realizar a fiscalização e o acompanhamento do cumprimento de pena e de toda e qualquer forma de medidas alternativas executadas pelos assistidos, promovendo, para tanto, ações de inclusão social com a perspectiva de diminuição dos índices de reincidência criminal e de conflitos sociais, pautado no respeito aos direitos humanos e nas condições inerentes à cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Institutos despenalizadores; Modalidades de pena; Patronato Municipal.

ABSTRACT

This type of work is sought as several kinds of penalties of rights prevailing in the current legal system, as well as hypotheses of substitution by restrictive rights. No less important will be an explanation of the Institutes Spent for Law 9.099 / 95, based on the requirements and benefits brought by Conditional Suspension of the Process and Criminal Transaction. From this scenario, the Municipal Patronage, the criminal management body composed of a multidisciplinary team, offers services and integrations in the areas of psychology, law, social assistance, pedagogy and administration, with the intention of carrying out the supervision and the to the full index of mid-major to non-social actions, in the actions of social actions, in the actions of inheritance in the social care to citizenship.

KEY WORDS: Institutes decriminalizing; Modalities of penalty; Municipal Patronage.

INTRODUÇÃO

De início, cumpre destacar que o presente artigo explanará sobre a importância do Patronato Municipal quando da fiscalização e acompanhamento do cumprimento de medidas judiciais realizadas pelos assistidos. Para tanto, caberá demonstrar as espécies de penas privativas de liberdade, que se retratam nas modalidades de reclusão, detenção e prisão simples. Na medida em que cada uma apresenta características peculiares e especiais, torna-se atribuição do Patronato,

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Professor Titular da Disciplina de Direito do Trabalho e Direito Penal da Faculdade do Norte Pioneiro (FANORPI/UNIESP), Técnico Judiciário Cumpridor de Mandados (Oficial de Justiça) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

² Possui graduação em Direito pela Faculdade do Norte Pioneiro (2017). Bacharel em Direito, com aprovação na OAB no ano 2017.

órgão de execução penal, oferecer atendimento jurídico, psicológico, pedagogo e de assistência social àqueles que se encontram nos regimes semiaberto ou aberto, ou que tenham sido beneficiados pelos institutos despenalizadores trazidos pela Lei dos Juizados Especiais (9.099/95), bem como aos assistidos que aguardam o julgamento em liberdade, e para tanto cumprem medidas cautelares impostas pelo Juízo.

Tendo em vista a Teoria Mista, adotada pelo sistema jurídico brasileiro para conceituar o caráter da pena, que se resume em retribuir a culpabilidade do agente, castigando-o pelo erro cometido, e a busca pela prevenção para que o sujeito não volte a delinquir, o Patronato Municipal, com os mecanismos e atribuições que lhe são conferidos, realiza a fiscalização *in loco* dos assistidos, no intuito de realmente efetivar as obrigações impostas, sem, contudo, deixar de oferecer suporte na busca pela ressocialização e conscientização para o retorno ao mercado de trabalho.

Para tanto, realiza vínculos com Instituições e Entidades que oferecem suas instalações para receber os assistidos que necessitam realizar a pena restritiva de direitos, principalmente a consistente em prestação de serviços à comunidade, além de oferecer cursos e programas de conscientização, como o SAIBA, que se destina a usuários de drogas em conflito com a lei; o BASTA, voltado aos autores de crimes ligados à Violência Doméstica; programa BILTZ, que busca reeducar infratores de trânsito; assim como o curso E-LER/PRO-LABOR, que visa o incentivo à leitura, educação e a qualificação para o retorno ao mercado de trabalho.

Com previsão nos artigos 78 e 79, da Lei 7.210/1984, o Patronato destina-se a prestar assistência aos egressos e aos albergados, realizando orientação aos condenados que cumprem penas restritivas de direitos, fiscalizando o cumprimento das prestações de serviços realizadas pelos seus assistidos, e ainda colabora na fiscalização do cumprimento das condições do livramento condicional e da suspensão condicional da pena e do processo.

Não se deve olvidar que este Órgão de Execução Penal serve para colaborar com o Poder Judiciário quando da aplicação das condições impostas, realizando a fiscalização e o auxílio aos próprios assistidos a cumprirem as penas que lhes foram impostas, para assim, retornarem a condição de cidadãos que um dia restou perdida, oferecendo, contudo, assistência gratuita em diversas áreas àqueles que procuram e/ou necessitam de seus atendimentos.

1. MODALIDADES DE PENA

Em princípio, insta salientar que o Código Penal, em seu artigo 32, dispõe quais as espécies de penas passíveis de ser cumpridas, que se resumem em privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

Como regra, cumprirão pena privativa de liberdade àqueles que não forem, de certa forma,

beneficiados na sentença penal condenatória pela substituição por pena restritiva de direitos ou pela suspensão condicional da pena, institutos previstos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal, como se passa a demonstrar.

1.1 Das Penas Privativas De Liberdade

Quanto às penas privativas de liberdade, o artigo 33, do Estatuto repressivo, apresenta as modalidades de reclusão e detenção. Quando o delito cometido prever reprimenda cominada com reclusão, significa que o agente poderá iniciar a sanção nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a modalidade de detenção apenas prevê a possibilidade de cumprimento nos regimes mais brandos, quais sejam, semiaberto ou aberto.

Para melhor compreender referido conceito e corroborar com o que foi e será explanado, importante demonstrar o ensinamento apresentado por Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 317):

Quanto às diferenças entre as penas de reclusão e detenção, destinadas ao crime, temos basicamente cinco: a) a reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto ou aberto; a detenção somente pode ter início no regime semiaberto ou aberto (art. 33, caput, CP); b) a reclusão pode acarretar como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente, denominado, pelo Código Civil, poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP); c) a reclusão propicia a internação nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial (art. 97, CP); d) a reclusão é cumprida em primeiro lugar (art. 69, caput, CP); e) a reclusão é prevista para crimes mais graves; a detenção é reservada para os mais leves, motivo pelo qual, no instante de criação do tipo penal incriminador, o legislador sinaliza à sociedade a gravidade do delito.

Ainda neste diapasão, cumpre destacar que os regimes de cumprimento de pena impostos ao reeducando devem ser executados de forma progressiva, ou seja, a partir do momento em que atingir o requisito objetivo temporal, que se resume à fração de pena necessária prevista ao crime, aliado ao requisito subjetivo, podendo ser verificado pelo bom comportamento exercido, o reeducando terá o direito de adquirir um regime prisional mais brando ao que se encontra, até cumprir de forma integral a pena lhe imposta e ser declarada extinta sua punibilidade.

A regra para que haja essa progressão é a constante do artigo 112 da lei de Execução Penal, que prevê o cumprimento de 1/6 de pena. Entretanto, quando o delito imputado for considerado hediondo, a lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), em seu artigo 2º, parágrafo 2º, afirma que deverá ser atingido 2/5 de pena, se o sentenciado se tratar de pessoa primária, ou 3/5, quando considerado reincidente.

Talvez um dos maiores dilemas para efetivação da Lei de Execução Penal na atualidade seja referente a falta de vagas em estabelecimentos prisionais adequados para que os reeducandos possam cumprir sua reprimenda de maneira satisfatória, de acordo com as diretrizes traçadas pelo

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesta análise, Renato Marcão (2012, p. 67) aponta a carência vivenciada pelo sistema prisional brasileiro. Veja-se:

Grosso modo, a constatação é a seguinte em quase toda a vasta extensão do território nacional: superlotação do regime fechado (no final de 2010 eram 500.000 presos e um déficit de 200.000 vagas); ausência de estabelecimentos com vagas suficientes para o regime semiaberto; ausência quase total de estabelecimentos para o cumprimento de pena no regime aberto (o que enfraquece não apenas o sistema progressivo adotado como também a eficácia das penas restritivas de direitos, conforme veremos no capítulo específico).

Desta forma, resta evidente que aqueles que se encontram em regime fechado, acabam cumprindo a pena de maneira desumana e em desacordo com o que prevê a Lei de Execução Penal, tendo em vista que são inseridos em cadeias locais extremamente lotadas e em condições precárias, ocupando e dividindo espaço com presos provisórios, sem haver a individualização necessária prevista no art. 5º, da Lei n. 7.210/84, fatores estes que, sem dúvidas, impossibilitam uma ressocialização adequada.

Convém mencionar que não é somente o regime fechado real – não o ilusório regime apresentado pela Lei de Execução Penal – que encontra deficiência. Quando se trata do regime semiaberto é possível constatar o número mínimo de estabelecimentos prisionais em cada Estado da Federação. Já com relação ao regime aberto, é quase impossível encontrar um município do país em que tal regime esteja em funcionamento de acordo com os ditames da lei. Saliente-se que tal fato ocorre não por descaso dos servidores públicos, mas por ausência de interesse do Estado na efetivação de tais medidas.

No intuito de consolidar os elementos consoante narrados, importante verificar o seguinte preceito (MARCÃO, 2012, p. 68):

É impossível punir e humanizar (LEP, art. 1º) ou perseguir qualquer ideal ressocializador quando a realidade executacional permite que o executado aprenda todos os dias, por meio de reiterados exemplos do próprio Estado, que o descumprimento da lei é algo *normal*, que se pode fazer impunemente; que o descumprimento de garantias fundamentais é algo aceitável sob certas circunstâncias.

Como se não bastasse, ressalta-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Federal a violação generalizada dos direitos fundamentais no Sistema Penitenciário Nacional:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas

públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.³

A realidade pode ser considerada a mesma quando a ótica é voltada aos condenados em regime semiaberto. Em atenção aos ditames do Código Penal, mais precisamente ao que prevê o artigo 33, parágrafo 1º, alínea “a”, deve a execução ser realizada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

Na falta desses estabelecimentos específicos, em razão da inércia e incapacidade das autoridades públicas em modificar esta conjuntura, doutrina e jurisprudência se consolidaram no sentido de se tornar inviável manter o condenado em regime mais gravoso daquele em que se fez direito, motivo pelo qual os Tribunais estão admitindo a concessão de “harmonização do regime prisional”.

Regionalizando a situação em comento, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com intuito de assegurar a efetivação do princípio da humanização, trouxe em seus itens 7.31 e 7.32, do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça, medidas voltadas a harmonizar o regime prisional. Desta feita, aplica tal harmonização em seus julgados:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. Concessão de progressão de regime prisional semiaberto. Condenado recolhido na cadeia pública local, em regime fechado. Constrangimento ilegal configurado no cumprimento da reprimenda em regime prisional mais severo. Necessidade de remoção para estabelecimento prisional compatível com o determinado na decisão que concedeu o benefício. Informações do juízo da execução da pena dando conta da impossibilidade de se efetivar a remoção do apenado ao regime adequado enquanto não autorizado pela vara de execuções penais, bem como da inviabilidade de se assegurar as medidas que se harmonizam com o regime intermediário até a remoção definitiva, nos termos do item nº 7.3.2 do código de normas da c. G. J. Contextualização que aponta a necessidade de concessão da prisão domiciliar somente enquanto perdurar a falta de vagas no estabelecimento penal adequado conhecimento e concessão da ordem.⁴

Assim, repisa-se que, pela inércia do Poder Público em efetivar as normas constantes na Legislação Penal vigente, verificam-se também inexistentes Casas de Albergado para que os sentenciados possam cumprir suas penas em Regime Aberto, motivo pelo qual, tanto esses quanto os que se encontram no semiaberto, acabam sendo colocados em uma espécie de prisão domiciliar, enquanto aguardam vagas em estabelecimentos prisionais adequados, quando não são submetidos,

³ STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.

⁴ TJPR; HC Crime 0695992-2; Rolândia; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Ronald Juarez Moro; DJPR 03/09/2010; Pág. 333.

apenas, ao comparecimento mensal ao fórum para “assinatura”.

Na prática, o que se verifica é uma espécie de balanceamento entre os objetivos da pena com os direitos do apenado e da sociedade, fazendo com que o juiz fixe medidas de acordo com o caso concreto, como a impossibilidade de o agente se ausentar da Comarca sem autorização judicial, o comparecimento mensal perante o Juízo para informar e justificar suas atividades e o que mais achar conveniente, de acordo com a situação pertinente.

1.2 Das Penas Restritivas De Direito

Consistentes em obrigações de caráter a impedir o cumprimento da pena na modalidade privativa de liberdade, as penas restritivas de direitos previstas no artigo 43, do Código Penal consistem em prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana.

Para melhor compreender essas espécies normativas, importante demonstrar o ensinamento de Damásio de Jesus (2011, p. 574):

As penas podem ser institucionais, semi-institucionais e não institucionais. As primeiras são as que se cumprem em estabelecimentos especialmente destinados a esse fim (penitenciárias, casas de internação etc.), como a reclusão, a detenção e a prisão simples. Semi-institucionais, as executadas parcialmente em estabelecimentos detentivos, como a limitação de fim de semana. Não institucionais, as que se executam em liberdade, sem vinculação com estabelecimentos prisionais. Ex.: a multa e a prestação de serviço à comunidade.

Vale ressaltar que os tipos penais não trazem consigo preceitos secundários que preveem a pena restritiva de direitos como sanção à conduta perpetrada, de modo que estas serão aplicadas, em linhas gerais, quando a sentença verificar cabível sua aplicação, seja por força da substituição, prevista no artigo 44, ou pela Suspensão Condicional da Pena, disposta no artigo 77, ambos do Código Penal.

Frisa-se, por sua vez, que para a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no artigo 44, do Código Penal, alguns requisitos de ordem objetiva e subjetiva devem ser alcançados pelo sentenciado. Sendo assim, se o delito praticado se enquadrar na modalidade dolosa, a pena cominada não pode ultrapassar os quatro anos, bem como o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça, não havendo necessidade, todavia, de se apurar o quantum de pena cominada na hipótese de infração penal considerada culposa, que será aplicada indistintamente. Além disso, tal benefício não será cabível na hipótese de ser o infrator reincidente em crime doloso, além do fato de o juiz ter a discricionariedade de analisar as circunstâncias constantes no artigo 59, do Código Penal, para verificar se esta substituição será

suficiente para a reprovação da conduta.

Novamente, quanto à substituição aplicada pelo juiz, demonstra-se o seguinte ensinamento (JESUS, 2011, p. 577):

São de execução condicional. Subordinam-se a seu efetivo cumprimento. Descumpridas, operam conversão em privação da liberdade, nos termos do art. 44, § 4.º, do CP. São aplicadas sob a condição de o condenado satisfazer a restrição imposta. Frustrada a confiança nele depositada por descumprimento injustificado, impõe-se o retorno à situação anterior à substituição, ensejando a execução da pena detentiva (princípio da espada de Dâmocles).

Como demonstrado no conceito supracitado, uma vez descumpridas as obrigações impostas por força do Instituto disciplinado no artigo 44, do Código Penal, ensejará sua conversão e o cumprimento da pena em sua forma originária, ou seja, na modalidade privativa de liberdade.

Em contrapartida, satisfeitas as exigências impostas, ou seja, cumpridas as obrigações de forma integral e regular, caberá ao Juiz da Execução Penal declarar extinta a punibilidade, conforme determina artigo 66, inciso II, da Lei 7.210/1984.

No que tange à Suspensão Condicional da Pena, instituto também conhecido como *Sursis*, ressalta-se que as condições de seu cabimento estão disciplinadas pelo artigo 77, do Código Penal, que prevê:

Art.77: A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

(...)

§2º: execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Nota-se pela redação apresentada que as condições para obtenção da Suspensão Condicional da Pena são diversas daquelas para a substituição do artigo 44, do Código Penal, tendo em vista que a pena cominada ao delito cometido não deve, em regra, ser superior a dois anos, além de ser cabível até mesmo nas hipóteses de infrações penais perpetradas com uso de violência ou grave ameaça.

No entanto, cabe pontuar que o §2º, do artigo supracitado ainda permite a aplicação da suspensão condicional da pena nas hipóteses de o delito possuir um preceito secundário com pena igual ou inferior a quatro anos, ocorrendo desde que o sentenciado seja maior de setenta anos, ou quando as razões de saúde justifiquem o *sursis*.

Todavia, até mesmo por uma questão topográfica, ressalta-se que o *sursis* somente será aplicado quando a sentença não permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos do artigo 44, do estatuto repressivo.

Na Lei de Execução Penal, o Sursis encontra-se disciplinado nos artigos 156 a 163. Referidos dispositivos dispõe sobre a forma em que a pena restritiva de direitos deverá ser cumprida pelos sentenciados.

Neste sentido, importante dar ênfase ao preceito de Renato Marcão (2012, p. 127) sobre a maneira em que se deve iniciar o cumprimento da pena restritiva de direitos. Veja-se:

Transitada em julgado a sentença ou o acórdão que conceder *sursis*, caberá ao juízo da condenação – juízo do processo de conhecimento – realizar a audiência admonitória (LEP, art. 160), ocasião em que o condenado será advertido a respeito das consequências da prática de nova infração penal e do descumprimento injustificado das condições.

O Código Penal ainda traz em seu bojo circunstâncias que dão causa à revogação do benefício, que foram regularmente divididas em obrigatórias e facultativas.

As hipóteses de revogação obrigatória estão disciplinadas pelo artigo 81, do Código Penal, ocorrendo quando o beneficiário for condenado em outro processo, por sentença penal irrecorrível e desde que o crime lhe imputado seja considerado doloso ou quando descumprir qualquer das demais condições fixadas pelo Juiz da causa.

Salienta-se que a circunstancia de revogação disposta no inciso II, do artigo consoante citado encontra-se tacitamente revogada. Para melhor compreender essa ocorrência, verifica-se a seguinte orientação de Renato Marcão (2011, p. 130):

Muito embora o art. 81, II, do CP, ainda se refira à revogação do sursis na hipótese do executado solvente frustrar o pagamento da pena de multa, esta prática não é possível, por força da interpretação que se extrai da Lei n. 9.268/96, que transformou a multa penal em dívida de valor e proibiu sua conversão em pena privativa de liberdade

Em relação à causa de revogação facultativa, salienta-se que será aplicada no caso de o agente sofrer condenação definitiva por contravenção penal ou crime culposos, bem como se descumprir qualquer outra condição imposta pelo Juiz da causa.

2. DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES

Tendo em vista que a legislação penal vigente se apresenta com procedimentos comuns e especiais, sendo que o primeiro comporta os ritos ordinário, sumário e sumariíssimo, torna-se importante destacar que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 98, a criação dos Juizados Especiais para o processo e julgamento das causas de menor complexidade, conforme se passa a demonstrar:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por

turmas de juízes de primeiro grau;

Neste contexto, cumpre destacar que tramitarão nos Juizados Especiais Criminais as ações de menor complexidade ofensiva, ou seja, as infrações penais cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a 02 (dois) anos, bem como as Contravenções Penais, dispostas na lei n. 3.688/1941.

Para melhor compreender a competência dos Juizados Especiais Criminais, cita-se o seguinte magistério (SANTOS; CHIMENTI, 2012, p. 423):

As regras gerais estão estabelecidas nos arts. 61 da Lei n. 9.099/95 e 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001, ou seja, são infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais (qualquer que seja a pena e ainda que previsto procedimento especial para o seu processamento) e os crimes (previstos no CP ou nas leis extravagantes) aos quais a lei comine pena máxima não superior a dois anos (pena de reclusão ou de detenção) ou multa.

Pontua-se, com isso, que o rito sumaríssimo será regido pelos ditames trazidos pela lei n. 9.099/95, que tem como princípios básicos de procedimento a oralidade, economia processual, celeridade, simplicidade e informalidade. Desta forma, busca-se um procedimento mais ágil, menos burocrático e conseqüentemente econômico, devendo a todo momento alcançar um resultado que se demonstrar mais justo às partes do processo.

Uma vez praticada uma contravenção penal ou um crime de menor potencial ofensivo, como regra, será o infrator encaminhado à autoridade policial com a finalidade de se elaborar um Termo Circunstanciado. Se o infrator estiver preso por força de voz de prisão dada, seja pela vítima ou por autoridade policial, será levado à delegacia e, caso se comprometa a comparecer à Audiência Preliminar, prevista no artigo 69 da lei supracitada, livrar-se-á-solto.

Lima (2016, p. 1218) ilustra de forma referida situação:

(...) Nesse caso, todavia, tratando-se de infração de menor potencial ofensivo, não se procede à lavratura de Auto de Prisão em Flagrante, mas sim do Termo Circunstanciado de Ocorrência, caso o agente assuma o compromisso de comparecer ao Juizado ou ele compareça imediatamente (Lei n. 9.099/95, art. 69, parágrafo único).

Convém mencionar que, caso o agente não se comprometa a comparecer perante o juizado, outra alternativa não resta senão a lavratura do auto de prisão em flagrante com as conseqüências dele advinda (arbitramento de fiança ou encaminhamento do agente à audiência de custódia).

Por oportuno, registra-se que no caso de existência de representação, ou em se tratando de infração de ação penal pública incondicionada, não sendo hipótese de arquivamento, poderá o Ministério Público oferecer a aplicação imediata de penas restritivas de direitos, consistente em transação penal, como se passa a observar.

2.1 Transação Penal

Tendo em vista o caráter de processar apenas crimes considerados de menor potencial ofensivo e contravenções penais, a Lei dos Juizados Especiais traz no bojo de seus artigos institutos despenalizadores, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Nestas modalidades, uma vez aceito o acordo entre infrator e Ministério Público, ao invés de serem aplicadas penas privativas de liberdade, haverá um período de prova em que o beneficiário terá de realizar penas restritivas de direitos.

Para melhor compreender tais institutos, mister se faz apresentar o seguinte ensinamento (JESUS, 2010, p. 16):

A transação penal, matéria restrita ao campo da legislação federa, é bem tratada no art.76, onde se admite a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa, que, aceita, permite a submissão da matéria ao juiz, para homologação. Não existe qualquer prejuízo para a sociedade, pois, conforme já salientado, nas infrações de menor potencial ofensivo a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade é pequena.

Nesta etapa, torna-se possível a aplicação de alguma das penas restritivas de direitos constantes no artigo 43, do Código Penal, ou a aplicação de multa, devendo o Ministério Público se atentar ao quantum mínimo e máximo de pena cominado ao delito cometido.

Assim, verifica-se o seguinte escólio (JESUS, 2010, p. 81):

Há duas fases: 1ª) o Promotor de Justiça, em face das circunstancias do fato e da condição pessoal de seu autor, elege a pena alternativa: uma das penas restritivas de direitos (arts. 43 e ss do CP) ou multa; 2ª) propõe a quantidade da pena alternativa. Tratando-se de pena restritiva de direitos, enuncia a sua quantidade dentro do mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito.Ex: na lesão corporal leve, a pena restritiva de direitos varia de três meses a um ano (CP, art. 129, *caput*). Propondo pena de multa, deve obedecer aos limites do art. 49, *caput*, do CP: de 10 a 360 dias-multa.

Importante destacar que a aceitação da Transação Penal pelo infrator não significa aceitação de culpa, mas tão somente indica sua vontade em não se ver processado, de modo que, uma vez cumpridas as condições estabelecidas, deverá o Juiz declarar extinta a punibilidade do agente.

No entanto, após divergência doutrinária sobre as possibilidades cabíveis no caso de descumprimento da transação penal, parece ter havido um consenso quanto ao procedimento cabível. Nesta hipótese, até mesmo para preservar o princípio do devido processo legal e assegurar as garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório, tornou-se pacífico nos Tribunais que o descumprimento das medidas levará o processo ao seu estado anterior, com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público até eventual sentença penal.

Este é o entendimento jurisprudencial, conforme se depreende dos seguintes julgados, respectivamente do Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL. SUBMISSÃO DO PROCESSO AO ESTADO ANTERIOR. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 1. O descumprimento da transação penal gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando ao Ministério Público o oferecimento da denúncia e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Precedentes. 2. Não há constrangimento ilegal se acertado o recebimento da denúncia. 3. Recurso a que se nega provimento.⁵

HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. Descumprida a transação penal, deve o processo retornar ao status quo ante, possibilitando-se ao órgão acusador prosseguir na persecução penal. A decisão é adequada na medida em que evita dar solução idêntica a situações distintas, a exemplo de quem cumpre e de quem descumpre o acordo, o que implicaria em grave injustiça e ainda fomentaria o sentimento de impunidade. HABEAS DENEGADO.⁶

Verifica-se que o instituto da transação penal oferece uma nova chance ao infrator, pelo fato de propiciar àqueles que cometem infrações penais de baixo potencial ofensivo a não submissão a um processo moroso, burocrático e muitas vezes constrangedor, permitindo que, com o cumprimento de alguns requisitos impostos judicialmente, o agente não tenha seu nome lançado ao rol dos culpados, conseqüentemente se mantendo com a certidão de antecedentes criminais negativa, somente constando um registro de consulta interna para impedir que o agente se beneficie pelo mesmo instituto em período inferior a cinco anos.

2.2 Suspensão Condicional Do Processo

Trata-se de um instituto despenalizador cabível às infrações penais consideradas de médio potencial ofensivo, ou seja, que possuam pena mínima cominada igual ou inferior a 01 (um) ano, não importando a sanção máxima prevista para o delito.

Embora encontrado no artigo 89, da Lei dos Juizados Especiais, referido benefício não é cabível somente em delitos que tramitam sob o rito sumaríssimo, de modo que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, pode propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que o beneficiário não esteja sendo processado ou não tenha sofrido condenação por outro crime, devendo, ainda, verificar os demais requisitos autorizadores da Suspensão Condicional da Pena, prevista no artigo 77, do Código Penal.

Para melhor compreender e ressaltar o cabimento desse benefício torna-se importante apresentar o seguinte magistério (SANTOS; CHIMENTI, 2012, p. 486):

Nos crimes (e também nas contravenções penais) em que pena mínima cominada (prevista) for igual ou inferior a um ano (furto simples e furto privilegiado, estelionato simples e estelionato privilegiado, receptação simples, contrabando ou descaminho simples, receptação culposa e receptação privilegiada, homicídio culposo, condutas relacionadas com o uso próprio de entorpecentes— art. 16 da Lei n. 6.830/80 etc.), abrangidos ou não

⁵ TSE. RHC 134. Rel. Fernando Gonçalves. Julgamento em 30/03/2010. Publicação no DJE em 30/04/2010, p. 15.

⁶ TJRS. HC 71002242014 RS. Rel. Volcir Antônio Casal. Julgamento em 24/08/2009, Turma Recursal Criminal. Publicação no DJE em 27/08/2009.

pela Lei n.9.099/95 (a exceção dos crimes de competência da Justiça Militar praticados após a Lei n. 9.839, de 27-9-1999, que inseriu o art. 90-Ana Lei n. 9.099/95), o Ministério Público, ao oferecer a denúncia (ou excepcionalmente, em outro momento anterior à prolação da sentença), poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Contudo, caso a proposta de *Sursis* processual seja aceita pelo beneficiário, este passará por um período de prova de dois a quatro anos, que tem como condições obrigatórias:

- I - Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - Proibição de frequentar determinados lugares;
- III - Proibição de ausentar-se da comarca onde reside;
- IV - Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Nota-se que o parágrafo segundo do artigo 89, da Lei 9.099/95 permite ao juiz impor demais condições que verificar necessárias e cabíveis ao caso concreto, sendo possível, inclusive, a imposição de demais penas restritivas de direitos previstas no §2º do artigo 698, do Código de Processo Penal e 79, do Código Penal, como a frequência a curso de habilitação profissional ou de instrução escolar e à prestação de serviços em favor da comunidade, sendo atribuições do órgão Patronato fiscalizar referidas obrigações, como será explanado no capítulo seguinte.

Não obstante ter sido aceito o benefício, se o agente vier a ser processado por outro crime ou não efetuar a reparação do dano de maneira injustificada (desde que esta condição tenha sido imposta), obrigatoriamente caberá ao Juiz revogar a suspensão. Por sua vez, na hipótese de sobrevier nova ação por contravenção penal, a revogação será facultativa, ficando a critério do magistrado analisar a situação do caso concreto.

Neste sentido (SANTOS; CHIMENTI, 2012, p 489):

A suspensão será obrigatoriamente revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justo, a reparação do dano. A revogação será efetivada mesmo que a notícia do novo processo iniciado durante a suspensão chegue após estar expirado o período de provas, conforme consta da tese 155 da reunião ordinária do Setor de Recursos Extraordinários e Especiais do Ministério Público do Estado de São Paulo, de 8-5-2003.

Todavia, na hipótese de o suposto infrator não aceitar as condições impostas pelo Ministério Público, restará desencadeada a ação penal com, devendo ser designada audiência de instrução e julgamento para as partes e as testemunhas serem inquiridas, lembrando que no rito sumaríssimo só é possível ao réu e ao Ministério Público arrolarem três testemunhas cada, sendo ao final, proferida sentença pelo Juízo competente.

Pontua-se que, algumas infrações penais, ainda que consideradas de pequeno potencial ofensivo, impossibilitam a aplicação da suspensão condicional do processo, como nos casos em que o indivíduo comete crime enquadrado na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), onde não se

permite o uso das disposições da Lei dos Juizados Especiais.

3. A ATUAÇÃO DO PATRONATO MUNICIPAL

Previsto no artigo 61, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), o Patronato Municipal é órgão de execução penal que possui a atribuição de fiscalizar o cumprimento de pena daqueles que se encontram em regime semiaberto ou aberto, bem como as medidas cautelares impostas no curso do processo de conhecimento, e ainda, as obrigações oriundas das decisões que concedem os benefícios da suspensão condicional do processo ou da transação penal.

A lei de execução penal ainda regulamenta as funções do Patronato, público ou particular, pontuando da seguinte forma em seus artigos 78 e 79. Veja-se:

Art. 78. O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (artigo 26)

Art.79. Incumbe também ao Patronato:

I – orientar os condenados à pena restritiva de direitos;

II – fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana;

III – colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

Nota-se que este órgão de fiscalização é incumbido de realizar o acompanhamento das penas e condições estabelecidas aos assistidos, de acordo com o que dispõe os dois primeiros capítulos deste trabalho, quando explanou as espécies de penas privativas de liberdades, assim como as restritivas de direitos e os institutos despenalizadores previstos na legislação penal especial.

Renato Marcão (2012, p. 64), de maneira sucinta disciplinou a atuação do Patronato. Veja-se:

O patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (LEP, art. 78), com orientação e apoio para reintegrá-los à vida em liberdade; na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de dois meses, que poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego (LEP, art. 25); orientar os condenados à pena restritiva de direitos; fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana; colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional (LEP, art. 79).

No intuito de realizar estas funções consoante citadas, referido órgão de execução de pena é composto por uma equipe multidisciplinar, que contém profissionais recém-formados e estagiários na área de pedagogia, assistência social, psicologia, direito e administração.

Realiza-se, assim, atendimento ilimitado e gratuito àqueles que o procura, oferecendo apoio, seja em âmbito processual, por meio de pareceres e assistência técnica, como nas dificuldades sofridas pelos egressos e albergados no cotidiano, por meio de encaminhamento à entidades que oferecem apoio assistencial, com oferecimento de programas de orientação e no apoio

à obtenção de empregos e realização de cursos de orientação e qualificação.

Todavia, para que esse atendimento integral se torne possível, é necessários que demais entidades públicas e particulares se conscientizem e ofereçam seus espaços para receberem os assistidos, tanto para a realização das penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, como no oferecimento de oportunidades que permitam ao sujeito que cometeu um delito se ressocializar, disponibilizando, assim, vagas de empregos e cursos de capacitação aos assistidos.

A Cartilha do Patronato Municipal⁷ prevê, dentre outros princípios, o respeito que se deve manter à dignidade da pessoa humana e a transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, deficiência, origem social, raça e faixa etária nas políticas públicas, tendo como objetivo:

[...] desenvolver suas atividades sob a perspectiva da corresponsabilidade entre os Poderes Públicos, Estadual e Municipal, Poder Judiciário e Ministério Público de maneira educativa e ressocializadora, pautada no respeito aos direitos humanos e na correlação entre direitos e deveres, inerentes à condição de cidadania (Cartilha do Patronato, p. 04).

Não se deve olvidar que esses meios oferecidos possuem o intuito primordial de diminuir o índice de reincidência, ao oferecer oportunidades e uma nova visão àqueles rejeitados pela sociedade, tentando evitar com que o caminho da criminalidade não seja a única solução para os infratores, que muitas vezes se encontram desassistidos e com pouca orientação, principalmente escolar, para traçar um novo destino que se desenhe como digno em suas vidas.

Também não é novidade que a sociedade possui sua parcela de culpa nos índices que se apresentam demasiadamente altos de criminalidade. Ora, os poderes públicos não oferecem o mínimo de estrutura preventiva aos jovens, de modo que o sistema educacional apresenta-se extremamente falho e decadente, enquanto às entidades particulares e filantrópicas que possuem condições de oferecer algum amparo, viram as costas quando o benefício prestado não se torna capaz de oferecer, de maneira direta, uma reversão em lucros.

Corroborar-se com essa situação o explanado por Marcão (2012, p. 23):

Na busca a tais objetivos, o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade (LEP, art. 4º), cada vez mais imprescindível nas atividades de execução das penas e das medidas de segurança, especialmente em razão da incapacidade do próprio ente público de atender minimamente às demandas – éticas e materiais – da população.

Os Patronatos Municipais são instituídos para tentar reverter essa situação, pois oferecem um apoio que, talvez, nenhum outro órgão seja capaz, haja vista que, de forma gratuita, concede atendimento com sua equipe multidisciplinar em diversas áreas de carência.

Em atenção ao contido na cartilha, pontua-se que a intenção de municipalizar o acompanhamento das alternativas penais se resume na restauração da cidadania, na tentativa de

⁷ Disponível em: http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/Patronato/cartilha_patronato_SEJU_29.pdf. Acesso em 12 de junho de 2018.

reduzir a reincidência criminal e dos conflitos sociais, no enfrentamento direto à drogadição e das estruturas que alimentam a criminalidade, a readequação da conduta social dos assistidos e sua reinserção no mercado de trabalho, bem como o reforço de ações de combate à impunidade.

Para efetivar essas disposições tem-se a necessidade de ministrar programas de conscientização, que se definem basicamente em cinco cursos, quais sejam SAIBA, BLITZ, BASTA e o E-LER e PRO-LABOR.

Salienta-se que o programa **SAIBA** busca promover a reflexão do assistido a cerca das consequências advindas pelo uso/abuso de drogas, pautado na perspectiva de redução de danos, possuindo oito encontros com duração de uma hora cada.

Já o **BLITZ** possui o intuito de despertar nos infratores de trânsito um novo comportamento, conscientizando-os da importância de conhecer e obedecer às leis, com o propósito de diminuir delitos relacionados ao Código de Trânsito brasileiro, contendo oito encontros com duração de uma hora cada.

Por sua vez, com o programa **BASTA** busca combater aos mais variados tipos de violência contra a mulher, visando o alcance desse objetivo por meio da conscientização do agressor, possuindo um cronograma de oito encontros com duração de uma hora cada.

Não menos importante é o programa **E-LER E PRO-LABOR**, que se destina às demais espécies delituosas. A proposta é de incentivar a leitura e o retorno ao ensino formal e/ou profissionalizante, bem como a inserção e reinserção no mercado de trabalho dessas pessoas em conflito com a lei, tendo previsão de 12 (doze) encontros, com duração de uma hora cada.

Em verdade, busca-se por meio dessas atividades executar as disposições constantes no artigo 1º, da Lei de 7.210/1984, que prevê:

Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Destarte, ressalta-se que o real objetivo desse projeto é o efetivo cumprimento das disposições de uma decisão ou sentença penal, seja em relação às penas restritivas de direitos, privativas de liberdade ou demais medidas alternativas, sem deixar de lado o respeito à dignidade da pessoa humana e a necessidade de reinserção social dos assistidos, na busca frenética pela redução da reincidência criminal e dos conflitos sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as mais variadas espécies de penas previstas em nosso ordenamento legal, como a privativa de liberdade, que se divide em reclusão, detenção e prisão simples, bem como às

restritivas de direitos, com imposições de prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, prestação pecuniária, dentre outras imposições constantes no artigo 43, do Código Penal, além da existência de institutos despenalizadores, como a suspensão condicional do processo e a transação penal, dispostos na lei dos Juizados Especiais, torna-se importante destacar que o Patronato Municipal, órgão de execução penal, busca por meio de suas atribuições e instrumentos disponíveis efetivar as disposições constantes em uma decisão ou sentença penal, fiscalizando e acompanhando *in loco* quando de seu cumprimento.

Além disso, com sua equipe multidisciplinar, composta por advogados, assistentes sociais, pedagogos, psicólogos e administradores, oferece atendimento integral e gratuitos àqueles que procuram o projeto, conscientizando e orientando os assistidos quando do cumprimento das sanções ou alternativas penais, tentando, com isso, minimizar o número de reincidência criminal e colaborar com a reinserção social, objetivos cruciais dispostos no artigo 1º, da Lei de Execução Penal.

Para tanto, realiza vínculos com instituições, entidades públicas, filantrópicas e com secretarias municipais, que disponibilizam seus espaços para receber os assistidos para realização de suas obrigações judiciais, notadamente a prestação de serviços gratuitos à comunidade.

Não se deve olvidar que sem esse órgão de execução penal, as obrigações oriundas de decisões judiciais são cumpridas sem maiores formalidades, tendo em vista que o poder judiciário não possui ferramentas hábeis para realizar o correto acompanhamento e muito menos a fiscalização do cumprimento das reprimendas. Isso porque o número de apenados ou infratores cresce gradativamente, abarrotando a estrutura prisional e dificultando o sistema progressivo de penas.

Destarte, salienta-se que o Patronato Municipal ainda tem o condão de colaborar de maneira integral com o poder judiciário e com a comunidade, haja vista que, repisa-se, auxilia no acompanhamento e na fiscalização das condições impostas ao assistido, zelando pelo seu efetivo adimplemento, oferecendo, inclusive, programas de conscientização na busca pela redução da criminalidade, de modo a conseguir com que os infratores possam retornar à vida em sociedade e principalmente ao mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1988.

_____. Decreto-Lei nº 3.689/41. *Código de Processo Penal*. Brasília, Distrito Federal: Presidente da República, 1941.

_____. Decreto-Lei n. 2.848/40. *Código Penal*. Brasília, Distrito Federal: Presidente da República, 1940.

_____. Decreto-Lei n. 3.688/41. *Lei das Contravenções Penais*. Brasília, Distrito Federal: Presidente da República, 1941.

_____. Lei n. 7.210/84. *Lei de Execução Penal*. Brasília. Distrito Federal: Congresso Nacional, 1984.

_____. Lei n. 8.072/90. *Lei de Crimes Hediondos*. Brasília, Distrito Federal: Presidente da República, 1990.

_____. Lei n. 9.099/95. *Lei dos Juizados Especiais*. Brasília. Distrito Federal: Congresso Nacional, 1995.

_____. Lei n. 11.340/06. *Lei Maria da Penha*. Brasília. Distrito Federal: Congresso Nacional, 2006.

_____. ADPF 347 MC/DF, Relator. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.

_____. HC Crime 0695992-2, Relator. Des. Ronald Juarez Moro; DJPR 03/09/2010, Pág. 333.

_____. TSE-RHC: 134 SP, Relator: FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 30/03/2010, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 30/04/2010, Página 15.

cHabeas Corpus Nº 71002242014, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Volcir Antônio Casal, Julgado em 24/08/2009.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, parte geral. 32ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Volume único. Revista ampliada e atualizada. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

MARCÃO, Renato. *Execução Penal*, Coleção saberes do direito. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Maria Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais e Estaduais*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Luma Teodoro da SILVA¹

RESUMO

O presente trabalho, desenvolvido inicialmente como pesquisa de monografia, tem como essência mostrar a falência do sistema prisional brasileiro, com base na análise dos dados consolidados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), bem como pelo estudo desenvolvido por meio do método de revisão bibliográfica, nacional e estrangeira, tratando-se de pesquisas no âmbito do Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional e julgados, que fazem uma releitura do sistema penal brasileiro e demonstram a drástica estrutura das prisões, com superlotações e déficit de vagas, além da padronização do perfil dos encarcerados, que, em sua maioria, são jovens negros e pobres, do alto índice de reincidência gerada pela forma em que está sendo aplicada a pena privativa de liberdade, bem como diante do desajuste do conceito de reinserção social pela sociedade. Ressalta-se que as celas dessas unidades são descritas como depósitos humanos em condições subumanas, carretando violência sexual entre presos, doenças graves, rebeliões, motins, mortes etc. Observa-se que a pena privativa de liberdade, a qual tem como principal finalidade a retribuição, prevenção e, principalmente, a ressocialização, não vêm sendo correspondidas em seu caráter ideológico, contradizendo a prática com seu fim. Assim, diante do atual cenário em que se encontram tais estabelecimentos, faz-se necessária a aplicação de medidas e projetos eficazes, consideradas como alternativas, à reestruturação do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Sistema Prisional. Reintegração Social. Ideologia. Humanidade.

ABSTRACT

The present work, initially developed as a monograph research, has the essence of showing the bankruptcy of the Brazilian prison system, based on the analysis of the consolidated data of the National Survey of Penitentiary Information (INFOPEN), as well as the study developed through the review method bibliographical, national and foreign, being investigations in the scope of Criminal Law, Criminal Procedural Law, Constitutional Law and tried, that make a re-reading of the Brazilian penal system and demonstrate the drastic structure of the prisons, with overcrowding and vacancy deficit, besides the standardization of the profile of those incarcerated, most of whom are black and poor youngsters, the high rate of recidivism generated by the way in which the custodial sentence is being applied, as well as the mismatch of the concept of social reinsertion by society . It

¹ Atualmente é estagiária no TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal. Já teve os seguintes artigos científicos aprovados e apresentados: 1. PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA MÍNIMA E ATIVIDADE COMPLEMENTAR DE RENDA: UMA ANÁLISE SOBRE O PODER FEMININO ? artigo aprovado e apresentado no III Simpósio de Direito e Cinema da Universidade Estadual do Norte Pioneiro. 2. A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: UMA BREVE ANÁLISE DA REINSERÇÃO DO PRESO NA SOCIEDADE ? resumo expandido aprovado e apresentado na Semana Jurídica das Faculdades Integradas de Ourinhos. 3. APAC: HUMANIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E A RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS ? banner aprovado e apresentado no 1º Encontro FIO/PROJURIS de Estudos Jurídicos. 4. A INTERVENÇÃO ESTATAL POR INTERMÉDIO DO DIREITO PENAL: DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ? resumo aprovado e apresentado no 1º Encontro FIO/PROJURIS de Estudos Jurídicos. 5. ?DIÁRIO DE UM DETENTO?: A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL ? pôster aprovado e apresentado no IV Simpósio de Direito e Cinema da Universidade Estadual do Norte Pioneiro. 6. A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO ? artigo aprovado e apresentado no VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito.

is noteworthy that the cells of these units are described as human deposits in subhuman conditions, carrying sexual violence between prisoners, serious illnesses, rebellions, riots, deaths, etc. It is observed that the custodial sentence, which has the main purpose of retribution, prevention and, mainly, resocialization, have not been reciprocated in their ideological character, contradicting the practice with its end. Thus, in view of the current scenario in which these establishments are located, it is necessary to apply effective measures and projects, considered as alternatives, to the restructuring of the system.

KEY WORDS: Execution of criminal sentences. Prison System. Social Reintegration. Ideology. Humanity.

1 INTRODUÇÃO

Mesmo após a discussão da humanização do sistema penal, dos novos movimentos de defesa social e do surgimento de teorias socializadoras, as prisões ainda permanecem com estruturas comparáveis à “masmorras medievais” e de uma posição incompatível com um Estado Democrático de Direito, seguindo o caminho de agravamento da mentalidade punitiva herdada desde os tempos Brasil Colônia. Essa posição faz com que o sistema prisional apenas cumpra seu viés punitivo, não colocando em prática as diretrizes da Lei de Execução Penal, que estabelecem o dever de reintegrar o apenado à sociedade de forma harmônica.

Nota-se que as unidades prisionais do país, da qual existência deveria delinear a reparação de um dano social, a prevenção e, principalmente, como evidenciado, a ressocialização dos indivíduos, chega ao fim em condições lastimáveis e totalmente desviadas de suas finalidades, com alto índice de reincidência e criminalidade. Para tanto, é inequívoca a necessidade da reestruturação do sistema, com a construção de presídios, criação de projetos e políticas públicas voltadas a superar o déficit de vagas, bem como para diminuir o número da criminalidade e reincidência.

Nesse contexto, o presente trabalho baseia-se na revisão bibliográfica de pesquisas nacionais e internacionais, como na legislação brasileira no domínio do Direito Penal, Processo Penal e Constitucional, se utilizando do método dedutivo, à proporção em que foram explorados argumentos gerais, auto evidentes, calcados em fatos sociais de relevância, leis e ideias fenomenológicas. Sendo assim, inicialmente será tratado acerca da realidade do sistema penitenciário brasileiro, dando enfoque aos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), do Ministério da Justiça, que demonstram o drástico quadro das prisões, que constantemente violam direitos, o perfil dos encarcerados, além da explanação de quais são os seus direitos legais.

Após, no capítulo seguinte, com as estatísticas levantadas sobre o encarceramento em massa, o objetivo será evidenciar a crise no sistema prisional brasileiro, que amplia e reproduz

desigualdades sociais, sendo local das mais variadas violações de direitos humanos, que vem mantendo seu caráter punitivo e pouco ressocializador, como dito inicialmente, deixando à margem o seu papel educativo na recuperação dos condenados.

Por fim, a corrente discussão permite inferir que o sistema penal somente vem praticando a punição desumana, sem que haja a diminuição da criminalidade e a recuperação do delinquente. Assim, o que se vê é o aumento incontrolável da reincidência e do número de presos inseridos nas unidades prisionais, sendo necessário projetos e políticas públicas eficazes à humanizar a execução penal, pôr em prática a ressocialização, reduzir a política de encarceramento e contribuir para a construção da paz social.

2 REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A maioria dos presos, hoje, no Brasil, cumprem suas penas em regime inadequado, sendo o sistema prisional composto por diversos presídios, cadeias públicas, penitenciárias, casas de detenção e delegacias de polícia superlotadas. Isso se dá por vários fatores, como exemplo, a falta de estrutura e fiscalização, ausência de colônias penais e casas de albergado, alto índice de reincidência, ausência de políticas públicas para o reingresso do apenado na sociedade e a cultura da imposição da pena privativa de liberdade.

Tais problemas fazem com que a maioria desses estabelecimentos, que é o caso de cadeias públicas e delegacias de polícia, que seriam destinadas à presos provisórios, estejam cheios de presos definitivos. Ou ainda, condenados a cumprir a pena em regime semiaberto ou aberto, estão cumprindo em regime fechado.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011), a ineficácia do sistema punitivo estatal, com o insistente lastreamento da pena privativa de liberdade, pode-se estabelecer a partir de dois pilares, são eles: o contraste entre o ambiente prisional e a comunidade livre e as escassas condições materiais e humanas no encarceramento de todo o mundo.

Nas palavras de Georg Rusche e Otto Kirchheimer:

O direito de punir do Estado mantém-se até os dias atuais de hoje, contudo foi totalmente desvirtuado dentro da nossa realidade. O que deveria ser um sistema de correção da conduta da pessoa, transmutou-se em um sistema de inversão das relações sociais e morais, criando no conjunto de pessoas detidas, certas imposições que dificultarão em muito o seu reingresso na sociedade. Trata-se de um verdadeiro “inferno”, de onde resultaram vários estigmas que permanecerão no íntimo da pessoa. (2004, p. 67).

Nesse conjunto, considerando a ineficácia das penas impostas, as quais ferem direitos humanos, bem como a difícil realidade de reingresso do delinquente na sociedade, se observa um aumento significativo da criminalidade e se prova o quão precário está o sistema penal.

Em análise ao último registro do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias,

no final de junho de 2016, registra-se que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, com cerca de 726.712 presos, e déficit de 358.663 vagas. Revela ainda que tanto os encarcerados quanto as pessoas que trabalham nesses estabelecimentos, com taxa de ocupação de 197,4%, vivem em condições insalubres e inseguras. Desse sistema, 689.510 dos encarcerados estão nas penitenciárias estaduais, 36.765 nas delegacias ou outros espaços de custódias e somente 437 presos inseridos no Sistema Penitenciário Federal (INFOPEN, 2017).

Em Junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90 [...]. (INFOPEN, 2017, p. 9).

Constatou-se também que os números de aprisionamento e criminalidade só aumentaram no decorrer dos últimos anos. Em 2016, eram 352,6 pessoas privadas de liberdade para cada 100 mil habitantes, tendo como as cinco Unidades da Federação que mais encarceram, levando em conta as diferenças demográficas, respectivamente, o Mato Grosso do Sul, Acre, Rondônia, São Paulo e Distrito Federal.

Observa-se que a maior parte da população carcerária privada de liberdade em delegacias e em estabelecimentos do sistema prisional, ainda não possuem condenação, sendo maior o número de presos provisórios do que de presos condenados e cumprindo pena pelo regime fechado.

A pesquisa realizada pelo INFOPEN (2017), mostra que nem todas os estabelecimentos do país possuem um controle eficiente acerca da permanência dos presos, sendo que muitos estão abandonados pelo sistema, certo que apenas 45% das unidades prisionais sabem relatar o tempo em que cada infrator está encarcerado. Das que possuíam essa informação, informaram, na época, que quase a metade dos presos provisórios de suas unidades estavam privados de liberdade há mais de 90 dias, esperando julgamento e sentença.

Pelas informações, nota-se que a maioria dos estabelecimentos prisionais foram projetados exclusivamente para homens, sem atender as necessidades fisiológicas femininas, mesmo com o significativo crescimentos do encarceramento de mulheres nas últimas décadas. Pelos dados colhidos no INFOPEN – Mulheres, “em números absolutos, o Brasil tinha em 2014 a quinta maior população de mulheres encarceradas do mundo, ficando atrás dos Estados Unidos (205.400 mulheres presas), China (103.766), Rússia (53.304) e Tailândia (44.751)” (2015).

Um exemplo de inadequação das unidades prisionais para as mulheres, é a falta de celas adequadas para gestantes, onde quase a metade das unidades exclusivas para o aprisionamento de mulheres não possuem tais dormitórios, e, nas unidades mistas, que encarceram tantos homens quanto mulheres, esse número é de 90%, o que configura total desrespeito à integridade dessas presas, colocando em risco a maternidade.

Quanto ao déficit de vagas, os estabelecimentos de encarceramento no Brasil apresentam péssimas situações de superlotação, o que resulta em extremo caos em todos os Estados da federação, não havendo quantidade de vagas certas para cada tipo de regime ou natureza da prisão. A InfoPen afirma que:

Em todo o Brasil, 89% da população prisional encontra-se privada de liberdade em unidades com déficit de vagas, independente do regime de cumprimento da pena. Em relação aos espaços de aprisionamento, 78% dos estabelecimentos penais em todo o país estão superlotados (INFOPEN, 2017).

Além disso, há desmazelo na distribuição das vagas, considerando que mais da metade da população prisional encontra-se em localidades penais que custodiam mais de duas pessoas por vaga. Dentre essas, o INFOPEN mostra que “11% das unidades prisionais custodia-se mais de 4 pessoas por vaga” (2017), registrando-se, também, que há mais entradas de presos do que saída, sendo que a cada 100 custodiados que entraram no sistema no primeiro semestre de 2016, apenas 73 saíram.

Ao que se refere ao perfil dos presos, tem-se que 30% da população prisional possui entre 18 a 24 anos de idade, 25% têm de 25 a 29 anos, 19% de 30 a 34 anos e os outros 26% são pessoas com 35 anos em diante, havendo a concentração de jovens em todos os Estados da Federação. Dessas pessoas encarceradas, analisado o perfil referente à raça, cor ou etnia, verifica-se que 64% é composta por pessoas negras (INFOPEN, 2017).

O baixo grau de escolaridade também está presente na realidade dos indivíduos privados de liberdade, que consiste em 75% da população prisional brasileira sem o devido acesso ao ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. O INFOPEN (2017) destacou ainda que o Estado de Alagoas apresenta o maior percentual de analfabetos e alfabetizados (sem cursos regulares), sendo três vezes maior que a média nacional.

Mais especificamente, ainda sobre o perfil dos encarcerados, nota-se que além da falta de estrutura para o aprisionamento das mulheres, em especial as gestantes, também encontram problemas referentes à privação de liberdade das pessoas portadoras de necessidades especiais, face a ausência de acessibilidade nesses estabelecimentos, como módulos, alas e celas adaptadas. O InfoPen (2017) explica que “entre as pessoas com deficiência física, 64% encontra-se em unidades que não foram adaptadas para suas condições específicas de acessibilidade aos espaços, o que determina sua capacidade de se integrar ao ambiente e, especialmente, se locomover com segurança pela unidade”.

Os dados do INFOPEN – Mulheres, mostra, inclusive, que há agravamento na saúde das presas dentro dos estabelecimentos prisionais do Brasil, sendo a doença de HIV a mais frequente entre elas.

Segundo levantamento do Infopen de junho de 2014, existiam 2864 pessoas portadoras de HIV no sistema prisional. Esse total representa 1,21% do total de presos nas unidades que informaram o dado, o que equivale a uma taxa de incidência de 1215,5 para cada cem mil pessoas presas. Taxa 60 vezes maior que a da população total brasileira – 20,4 por 100 mil, segundo dados do DATASUS. A taxa de pessoas com tuberculose é de 940,9, ao passo que na população total é de 24,4. Frequência 38 vezes menor. Se olharmos para as condições específicas das mulheres encarceradas, temos 1.204 mulheres com agravos transmissíveis dentro do sistema prisional, o que equivale a 5,3% da população prisional feminina, excetuando a população do estado de São Paulo, não informada neste quesito. (INFOPEN, 2014, p. 40).

Dentre as informações acerca das penas impostas e dos tipos penais, se constata, de modo geral, que o crime mais praticado, tanto entre as mulheres quanto entre os homens, é o de tráfico de drogas, contudo, o tráfico abrange um número bem maior de mulheres. Em seguida, vem os crimes contra o patrimônio, respectivamente, de roubo e furto. Com relação ao tempo da pena, 21, 54% dos apenados foram condenados a até, no máximo, 8 anos de prisão.

Por fim, o INFOPEN também analisou dados sobre a gestão de serviços penais e garantias de direitos dos estabelecimentos carcerários do país, concluindo que em 30 de junho de 2016, havia ao todo 105.215 profissionais na área.

Os servidores responsáveis pela atividade de custódia de pessoas representam 74% de todos os profissionais do sistema, somando 78.163 pessoas. Os servidores lotados em cargos administrativos aparecem em segundo lugar, somando 8.900 pessoas (ou 8% do total de servidores). Todas as categorias ligadas à saúde (que compreende os médicos, enfermeiros, dentistas, ginecologistas, clínicos, psiquiatras e demais especialidades) representam, juntas, 6% dos servidores do sistema prisional. Os advogados e assistentes sociais somam, cada um, 1% do quadro de servidores. Por fim, as categorias ligadas à educação (que compreende os pedagogos e professores), soma 3% dos funcionários do sistema (ou 3.124 pessoas). (INFOPEN, 2017, p. 46).

Nesse sentido, fica evidente a escassa quantidade de funcionários relacionados com a saúde, educação e assistência social dos presos, mesmo havendo garantias na Lei de Execuções Penais para tanto. Inclusive, tem-se, pelos dados do INFOPEN, que apenas “12% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares” (2017).

Em relação às atividades complementares, 2% da população prisional total do país encontra-se envolvida em atividades de remição pela leitura ou pelo esporte e demais atividades educacionais complementares. [...]. Entre as pessoas que se encontram em algum tipo de atividade de ensino escolar dentro do sistema prisional, 50% estão em formação no nível do ensino fundamental, conforme tabela 26. Cabe ressaltar que o ensino fundamental é destacada na Lei de Execução Penal como nível educacional que deve, obrigatoriamente, ser oferecido no sistema prisional, sendo que a oferta dos demais níveis depende da demanda da população e da disponibilidade de professores e infraestrutura. (INFOPEN, 2017, p. 54-55).

Da mesma forma que a educação, também há previsão na legislação quanto ao trabalho dos presos, com o fim educativo e produtivo. Entretanto, pelo levantamento do INFOPEN, no período de junho de 2016, apenas 15% dessa população estava envolvida em atividades laborais, sendo essas internas e externas às localidades penais, o que se retratou um total de 95.919 apenados,

sendo que, desse total, 33% não recebem nenhuma remuneração e 41% recebem menos do que 3/4 do salário mínimo mensal (2017).

Veja-se que há diversas garantias legais ao que se refere à forma de cumprimento da pena e à permanência das pessoas privadas de liberdade dentro dos estabelecimentos prisionais no Brasil, estando essas presentes tanto na Constituição Federal, quanto na Lei de Execução Penal. Também, em esfera global, existem diversas convenções, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Resolução da ONU e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Todas tem em comum o seguimento e o respeito ao Princípio da Dignidade Humana.

Conforme ensina Augusto Thompson (1980, p. 21-22):

o significado da vida carcerária não se resume a mera questão de muros e grades, de celas e trancas; ele deve ser buscado através da consideração de que a penitenciária é uma sociedade dentro de uma sociedade, uma vez que nela foram alteradas, drasticamente, numerosas feições da comunidade livre” e, por ser um sistema social, os estabelecimentos para cumprimento das penas privativas de liberdade devem fornecer regras de vivências e direitos àqueles que estão inseridos nestes, buscando-se uma “tentativa de criação e manutenção.

Primeiramente, conforme estabelece o artigo 3º da Lei de Execução Penal, tem-se a permanência dos direitos não atingidos pela sentença ou lei específica, que são os previstos no atual texto constitucional: “art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

Esses direitos que o delinquente possuía antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal, permanecem, pelo menos em tese, intactos após sua condenação. Isso porque o Código Penal, em seu artigo 38, estabelece que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Do mesmo modo, a Lei de Execução Penal, considerada uma lei moderna, foi elaborada com fundamento nas ideias da Nova Defesa Social e, por isso, visa dar assistência ao condenado, tentando, em sua ideologia, propiciar, ao máximo, condições harmônicas de integração social do preso ou do internado, por meio de suas garantias expressas como: os direitos à vida digna; à integridade física e moral; à liberdade de consciência e de convicção religiosa; e, conforme estabelece o artigo 11 do referido Diploma Legal, oferecer assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Constituem direitos dos apenados, que também são estendidos aos presos provisórios, no que couber, os previstos no artigo 41 da Lei de Execução Penal:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:
I - alimentação suficiente e vestuário;
II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;
V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
XI - chamamento nominal;
XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Para Renato Marcão (2007), além do *rol* de direitos previsto no artigo acima citado, outros direitos legais devem atingir a mais ampla interpretação, no sentido de que todos aqueles que não constituem restrições devem ser conferidos ao indivíduo dentro do cárcere, a fim de que essas garantias permaneçam alinhadas e sem que haja violações.

Quanto ao trabalho do preso como um direito, estabelece o artigo 28 da Lei nº 7.210/1984:

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

É notório que nas localidades em que é inserida a atividade laborativa, há resultados significativos à vida dos que a realiza, pois além do apenado poder receber determinada quantia em dinheiro e ajudar a família que se encontra fora da prisão, por exemplo, também é exercida a atividade a fim de se evitar o ócio, inclusive, estimulando o interesse deste pela atividade laborativa, fazendo com que, juntamente com um processo educacional, tenha alguma profissionalização e, com isto, após o cumprimento da pena privativa de liberdade, possa sair do estabelecimento em condições de disputar e conseguir uma vaga no mercado de trabalho.

Além disso, na lição de Norberto Cláudio Pâncaro Avena (2014), ao condenado também são impostas obrigações legais e deveres. Quanto a primeira obrigação, no caso do cumprimento da pena em regime fechado, consiste no apenado submeter-se à privação da liberdade, após o cumprimento dessa primeira obrigação, que são consequências da natureza própria da penalidade imposta, surgem os deveres dentro do estabelecimento, que estão expressos nos artigos 38 e 39 da Lei de Execução Penal:

Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
X - conservação dos objetos de uso pessoal.
Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Em caso de descumprimento de algum dos deveres legais, tal ato poderá ensejar faltas ou sanções disciplinares. Entretanto, ressalta-se que tanto ao preso provisório quanto ao definitivo, a Lei de Execução Penal assegura que não pode haver perigo à vida de quem está inserido no sistema carcerário, coibindo, por exemplo, a imposição de sanções coletivas, colocação do indivíduo em celas escuras ou qualquer outro tipo de tratamento desumano. Em caso de descumprimento a essas normas estabelecidas, pode caracterizar o delito de abuso de poder de quem tinha a guarda ou custódia do encarcerado e que, mesmo não autorizado, o colocou em constrangimento vexatório.

São proibidas as sanções que possam colocar em perigo a integridade física e moral do condenado (art. 45, § 1º). Essa regra harmoniza-se com a previsão do art. 5º, XLIX, da CF [...]. Preocupou-se o legislador em coibir o uso da cela escura (art. 45, § 2º), mais conhecida como solitária e que, no passado, caracterizava-se por sua ambiência inabitável e insalubre. [...]. Também veda a Lei de Execução Penal a imposição de sanções coletivas, como é o caso da punição indiscriminada a todos os indivíduos que ocupam cela onde é perpetrada infração disciplinar, mesmo sem a demonstração específica da participação de cada um. (AVENA, 2014, p. 77-78).

Contudo, difícil falar em cumprimento dos deveres por parte dos encarcerados, se na prática não há estrutura para tanto, pois são colocados em condições desumanas, com práticas de abusos de poder diários que não são denunciados, vivendo, inclusive, em localidades superlotadas e na ociosidade.

3 IDEOLOGIA PUNITIVISTA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E ALTERNATIVAS

O sistema penal não é formado simplesmente por um conjunto de normas ou teorias, mas também é compreendido como o percurso que começa desde o cometimento de uma infração penal até a imposição da sanção que lhe é cabível, incluindo todo um instrumental de pessoas, localidades, leis etc.

Durante esse intervalo, vários são os componentes que atuam para integrar o sistema, destacando-se desde o legislador, que tipifica e classifica o delito, como também policiais, juízes, advogados, carcereiros, dentre outros relacionados à sua administração.

Acerca do tema, Eugenio Raúl Zaffaroni descreve o sistema penal como:

[...] o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a

atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação (2006, p. 63).

Nas palavras de Kazmierczak e Oliveira (2015), esse sistema tem como fundamento em ser o garantidor da justiça social, devendo alcançar de forma igualitária todos os indivíduos em função das condutas por eles praticadas, o que gera a elevação ao princípio da dignidade da pessoa humana, resultando na prevenção por parte do sistema penal, fomentando-se ainda a ressocialização dos apenados. Inclusive, é utilizado para advertir a sociedade sobre as consequências de imitar o delinquente, passando a mensagem de que o crime não compensa.

Contudo, a ideologia do sistema punitivo se quer garantidora de direitos e tente diminuir a criminalidade, esta não vem sendo efetivada na prática, nem mesmo aceita pela sociedade, alcançando apenas o viés punitivo, no qual, esse último, se caracteriza pela necessidade constante e crescente de punição severa, bem como pela estigmatização daqueles que passam pelo sistema, o que torna mais difícil a reinserção social do preso, considerado o fato de não ser possível reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela.

No entendimento de Priscilla Macedo da Motta Mello:

[...] há um verdadeiro descompasso entre a realidade concreta e a utopia legal no que diz respeito ao Sistema Penal, pois é visível que as normas não condizem com a realidade do sistema e a prisão está longe de cumprir um papel ressocializador. (2002, p. 335).

Ao que diz respeito à necessidade de punição pela privação de liberdade, aos transgressores das normas, Kazmierczak e Oliveira (2015) explicam ainda que apesar de ser algo comum e amplamente aceito no direito penal contemporâneo, esse clamor social pela prisão é corrente e aplicado isoladamente de suas demais funções, tornando-se ineficaz para a diminuição da criminalidade. Também há a existência de uma estrutura de poder e segmentos, ou setores sociais mais próximos e outros mais distantes dos círculos de poder, que tendem a se sustentar através do controle social e de sua parte punitiva, constituindo-se um sistema penal violento.

[...] o sistema Penal bem como a prisão, ao contrário do que se pensa, não protege o homem nem previne ou controla a criminalidade. O Sistema Penal, a serviço do Controle Social Estatal tem servido apenas – e para isso que foi criado – como instrumento de estigmatização, de exclusão, de dominação de classe. (BROLL, 2004, p. 195).

Nesse diapasão, Bitencourt, ao citar Alessandro Baratta, fala sobre a estigmatização criada pela sociedade:

A prisão surgiu como uma necessidade do sistema capitalista, como um instrumento eficaz para o controle e a manutenção desse sistema. Há um nexos histórico muito estreito entre o cárcere e a fábrica. A instituição carcerária, que nasceu junto com a sociedade capitalista, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a ressocialização do delinquente. A verdadeira função e natureza da prisão está condicionada a sua origem histórica de instrumento assegurador da desigualdade social [...]. O sistema penal facilita a manutenção da estrutura vertical da sociedade, impedindo a integração das classes baixas, submetendo-as a um processo de marginalização [...]. A estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação. (2004, p. 106).

A função ressocializadora e as respostas sociais para a transgressão normativa ficam perpetuadas apenas no mundo das ideias e distante daquilo que é posto em prática no país. Conforme analisa René Ariel Dotti (1988), a pessoa que é condenada convive em um ambiente desprezível, vergonhoso e sem ordem, no qual prevalece o medo, a incerteza, regidos pela imposição de castigos e condições desumanas, o que dificulta ou impossibilita a almejada integração social.

Salo Carvalho (2010), em análise ao posicionamento de David Garland, ensina que o sistema punitivo atual se constitui em pilar aparentemente indispensável na nova dinâmica das sociedades neoliberais atrasadas, pois tem sido o meio de contrapartida para a busca por meios aparentemente civilizados de segregar as populações problemáticas concebidas pelas classes econômicas e sociais.

À vista disso, mesmo após o cumprimento da pena no cárcere, o delinquente, ao ser colocado em liberdade, é devolvido a uma sociedade despreparada para recebê-lo, pois na prisão não encontra meio para a ressocialização e, de volta à sociedade, não fornece oportunidades para tanto – apenas barreiras – como também reflexos traumáticos gerados por um sistema prisional deteriorado. O cidadão acaba, então, fazendo parte de uma parte excluída e vista com maus olhos pelos demais que não estavam inseridos no sistema.

Conclui-se que esse modelo punitivista tem como efeito emergente o aumento do número de detentos em proporções inquietantes, propiciando insegurança pública, não sendo capaz de propiciar condições harmônicas para a reintegração social daqueles que cumprem pena na prisão e, ainda assim, a pena privativa de liberdade permanece no centro do sistema punitivo. De fato, a única função desta, vista na realidade social do Brasil, tem sido de excluir da sociedade aqueles que dela nunca fizeram parte, garantindo a frequente e sem volta manutenção da marginalização das camadas mais pobres.

Os principais problemas enfrentados no sistema penitenciário, que levam a concluir que este se encontra em crise, são a superlotação carcerária, separação inadequada dos detentos conforme suas necessidades básicas e fisiológicas, falta de funcionários capacitados, como carcereiros e agentes da área de saúde, ausência de trabalho e educação, carência de condições salubres mínimas, o que gera doenças, motins, rebeliões, mortes e degradação da pessoa humana, dentre outras situações e estatísticas conforme vistas no capítulo anterior, com base nos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

Ocorre que mesmo diante da falta drástica de estrutura do sistema, da violação de direitos, do alto índice de reincidência e baixos números de ressocialização, os poderes do Estado não

tomam providências eficazes para se buscar a erradicação dos problemas enfrentados. Pelo contrário, o que se observa da prática são projetos de lei do âmbito penal se destinando, em sua maioria, a agravar penas, regimes e restrições, bem como o descaso e abandono com esses indivíduos.

A prisão é um produto caro e reconhecidamente não ressocializa. Pelo contrário, dessocializa. Em razão da superlotação, dos seus métodos e de sua própria natureza, é desumana e cruel: corta o vínculo com a comunidade, com a família, com o trabalho, com a educação, etc. [...] os presos não são separados por idade, natureza da infração, condição processual, praticamente nenhuma assistência médica, odontológica, etc., sentem-se frustrados com o funcionamento da Vara de Execuções Penais. (GOMES, 1999, p. 31).

Teori Zavascki (2014), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, explicitou que em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis e, na prática, os presos não têm direitos, por isso deve-se buscar novas formas de punição para erradicar a violação de direitos dos presos.

Acerca do tema, também está presente a discussão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em andamento no Supremo Tribunal Federal, que envolve a problemática do dever do Poder Público de realizar melhorias em presídios, aplicar as leis penais e processuais de modo a acabar com a violação de direitos fundamentais, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN) e planejar políticas públicas e ações visadas à ressocialização dos apenados, pois se alega que o sistema está evidentemente em crise.

Em análise ao voto do Relator Ministro Marco Aurélio, no julgamento da cautelar pleiteada na ADPF nº 347, este frisou a fala do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, que comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”, dizendo que a analogia não poderia ser melhor e relatou em síntese:

Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos [...]. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. [...]. A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. [...]. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. [...]. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. (2015, p. 4-5).

Assim, não há como se falar em ressocialização diante do atual sistema de encarceramento, tendo em vista que o indivíduo, que passa pelas prisões, vive em instalações inadequadas à existência humana, com perigo constante de risco à saúde, fazendo banho de sol, muitas vezes, em

locais divididos com esgotos abertos, sem acesso a trabalho e educação, nem mesmo à água e alimentação de mínima qualidade, comendo, em alguns casos, com as mãos ou em sacos plásticos, e, no caso das mulheres, a ausência de absorvente íntimo e salas separadas para gestantes.

A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual. [...]. Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha. Quanto aos grupos vulneráveis, há relatos de travestis sendo forçados à prostituição. Esses casos revelam a ausência de critério de divisão de presos por celas, o que alcança também os relativos a idade, gravidade do delito e natureza temporária ou definitiva da penalidade. (AURÉLIO, 2015, p. 6).

Essa passagem precária e insegura pelo cárcere e a não reintegração social, além dos danos e traumas causados na vida do delinquente, implica também no aumento da criminalidade, já que muitos, considerados menos perigosos e primários, ao ter contato com integrantes de facções criminosas, acabam se tornando “monstros do crime”, aumentando-se significativamente as taxas de reincidência.

O Ministro Marco Aurélio (2015) expõe que o quadro não é exclusivo de apenas um presídio ou delegacia de polícia, mas de todas as unidades da Federação, e reconhece a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro, já que está sendo violada a dignidade da pessoa humana e vários direitos sociais. Deferindo, cautelarmente, para tanto, os pleitos voltados à observância do estado de inconstitucionalidades apontado da aplicação da pena, durante o processo de execução penal e ao tempo da escolha de penas alternativas à prisão definitiva, bem como a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado.

Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo à cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro. (AURÉLIO, 2015, p. 7).

No âmbito internacional, Alessandro de Giorgi (2015), em sua obra *Cinco teses sobre o encarceramento em massa*, esclarece que os sistemas prisionais que se encontram em crise são frutos de uma explosão carcerária provocada pelas elites, bem como da falta de pesquisas e dados de políticas penais sobre o funcionamento e efeito desses estabelecimentos. Além de haver uma politização do encarceramento em massa, baseado na ausência de perspectiva história e progressão nos debates sobre a reforma da justiça criminal.

Basta que se navegue por quaisquer dos principais websites atualmente promovendo a reforma penal para perceber que a crise penal é representada como um fenômeno

praticamente descontextualizado, quase como um desvio imprevisível em uma história de progresso rumo a dessegregação, integração e igualdade de oportunidades em uma sociedade pós-racial (ou “sem preconceitos de cor”) – em vez de o mais recente capítulo em uma longa trajetória histórica de subordinação e controle racial. (GIORGI, 2015, p. 11-12).

Em uma de suas teses, Giorgi (2015), elucida que a atual crise também está ligada com a desigualdade social, em que o Estado foca em distorcer artificialmente a imagem oficial das desigualdades de raça e classe. Afirma, ainda, que tanto as prisões estadunidenses, quanto quaisquer outras da sociedade ocidental, possuem uma população padronizada por indivíduos negros, pobres, desempregados, de baixa renda e, em grande parte, desfavorecidos e sem instrução.

É evidente que essa população, pobres e negros, ao sair do cárcere, enfrentam um drástico retorno à sociedade, inexistindo ressocialização, sendo, inclusive, permanentemente marcados pelo estigma de um registro criminal e, muitas vezes, desqualificados para a maioria dos trabalhos de classe média e sem formação acadêmica. A maior parte dos encarcerados no Brasil possuem ensino fundamental incompleto e passaram um longo período afastados de planos de educação (GIORGI, 2015).

Em razão do exposto, o desfecho é a necessidade de aplicação de alternativas diversas, de fiscalização das prisões e estudos aprofundados, bem como de políticas públicas eficazes para diminuir a criminalidade, os números de reincidência, para assim, mudar o perfil carcerário e, no futuro, se falar no fim da crise do sistema.

Após o levantamento do drástico quadro em que se encontra o sistema prisional, nos capítulos anteriores, não há dúvida quanto à necessidade de mudanças na forma como vem sendo imposta a pena privativa de liberdade, cabendo ao Estado propiciar condições mínimas de vivência dentro das penitenciárias e cadeias públicas de todo o país, bem como estabelecer formas e circunstâncias para se alcançar, além da retribuição e prevenção, a ressocialização dos presos, diminuindo a desigualdade social e a criminalidade, a fim de que estes voltem à sociedade de maneira mais harmônica de que quando saíram dela.

Para tanto, é importante frisar que tais mudanças vão desde as pequenas ações, até as mais radicais, que devem ser urgentemente colocadas em prática para a reeducação dos presos e reinserção social destes. Inicialmente, a primeira solução lógica seria a construção de novas unidades e reestruturação dos estabelecimentos já existentes, com o fim de reduzir o déficit de vagas, problema este visto em todo o sistema prisional e raiz para o surgimento de outros obstáculos.

Conforme explica Kazmierczak e Oliveira, “isso poderia acontecer com uma política pública voltada para injeção de verbas no sistema penitenciário, parcerias público-privadas para a

construção de presídios, dentre outras medidas estruturais” (2015, p. 413). Entretanto, mesmo com a criação de diversas unidades e uma política de investimentos no sistema prisional, ainda haveria déficit de vagas, pois não seria possível encontrar uma solução capaz de atender a crescente massa de encarceramentos existentes.

Todavia, cessasse esse problema, observa-se também que apenas o suprimento da superlotação não seria suficiente para que houvesse a diminuição da criminalidade, pois não há, nesse contexto, a ressocialização do apenado, o que implica na efetivação de outras ações como: mutirões carcerários; assistência à saúde e social; fornecimento de trabalho e escolarização, dentre outros projetos menores que podem, em meio a uma crise, diminuir a preocupante realidade do sistema carcerário.

Na concepção de Jason Albergaria (1996), a ressocialização e o bem-estar material dos encarcerados estão ligados com uns dos seus direitos fundamentais, sendo necessário à reincorporação social, fornecendo educação, bem como exigindo a corporação de especialistas na área da criminalidade e demais ciências voltadas ao homem, buscando formas de combater as adversidades encontradas.

[...] a reeducação ou escolarização social de delinquente é educação tardia de quem não logrou obtê-lo em época própria [...]. A reeducação é instrumento de salvaguarda da sociedade e promoção do condenado [...]. Ora, o direito à educação é previsto na Constituição e na Declaração Universal dos direitos do Homem [...]. Por isso, tem de estender-se a todos os homens o direito à educação, como uma das condições da realização de sua vocação pessoal de crescer. A UNESCO tem estimulado as nações para a democratização do direito à educação social, que se propõe a erradicar as condições criminosas da sociedade. (ALBERGARIA, 1996, p. 140)

Expressa Claus Roxin:

O direito penal moderno partiu de uma posição que somente conhecia a pena retributiva; [...] Ao contrário disso, o Direito Penal do futuro [...] tornar-se-á cada vez mais um instrumento de direcionamento social totalmente secularizado, com o fim de chegar a uma síntese entre a garantia da paz, o sustento da existência e a defesa dos direitos do cidadão. Ele terá de utilizar-se, além da pena, de uma multiplicidade de elementos de direcionamento diferenciadores e flexíveis, que certamente hão de pressupor um comportamento punível, mas que possuirão natureza somente similar à pena. (2001, p. 474).

Assim, nota-se o quanto é necessária a educação e trabalho dos presos, já que a maioria não teve acesso à instrução escolar, nem qualificação, antes do ingresso no sistema carcerário, sendo estes de extrema importância para que o indivíduo volte ao meio social e ao convívio familiar, com menor onerosidade e com maior esperança e oportunidades para não voltar a delinquir. Quando esses indivíduos recebem educação de qualidade dentro dos presídios, conseqüentemente se tornam mais qualificados profissionalmente, podendo aprender uma profissão através de cursos ministrados.

Para a teoria socializadora, a reintegração do condenado à comunidade pode ser alcançada

por meio de um programa mínimo, ou de um programa máximo. [...] a Lei de Execução Penal Brasileira, por exemplo, certamente ultrapassa a previsão de um programa mínimo de socialização, porquanto seu objetivo fundamental é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º). Para tanto, a Lei de Execução Penal prevê, entre outras providências, a assistência educacional e social ao preso, ao internado e ao egresso, com vistas prevenção do crime e ao retorno ao convívio em sociedade (arts. 10, 17 e 22). Quanto ao egresso, seja em liberdade definitiva, seja em condicional, essa legislação prevê, ainda, orientação e apoio com fins de reintegração social (cf. arts. 22 e 25). (MARQUES, 2016, p. 191).

Em algumas Comarcas do país já foram instauradas portarias, com o fim de construir bibliotecas nos presídios ou cadeias públicas e admitir a remissão da pena pela leitura, como foi o caso da Comarca de Siqueira Campos, Paraná, em que a Juíza de Direito estabeleceu parceria com o colégio estadual local para instruir os presos e corrigir relatórios por eles realizados. Dispõe o capítulo a respeito da remissão, da Portaria nº 09/2017:

Art. 4º - A remissão de pena pela leitura obedecerá aos seguintes critérios:

§1º. O responsável pela fiscalização do projeto na Cadeia Pública, por intermédio do Delegado de Polícia, organizará lista de presos divididos por grau de instrução. A lista será entregue à equipe pedagógica do Colégio Estadual Professor Segismundo Antunes Netto, que elaborará lista de livros de acordo com a capacidade de cada preso. Os livros, então, serão fornecidos pela Escola ao responsável pela fiscalização junto à Cadeia Pública, que os distribuirá aos presos, os quais terão o prazo de 20 dias para Leitura.

§2º. Escoado o prazo para leitura, os presos terão o prazo de 10 dias para elaboração de resenha sobre o livro lido, em formulário fornecido pela equipe do Colégio Estadual. A resenha será entregue ao responsável pela fiscalização do projeto na Cadeia Pública, que os remeterá à equipe do Colégio Estadual Professor Segismundo Antunes Netto.

§3º. Recebidas as resenhas por parte da equipe do Colégio, será iniciada a fase de correção das resenhas. Professores de Língua Portuguesa e Literatura orientarão alunos do magistério na correção de resenhas. Os alunos terão o prazo de 20 dias para correção e os professores o prazo de 10 dias para supervisão dos textos corrigidos. Ao final será devolvido ao responsável pela fiscalização do projeto na Cadeia Pública relatório com conceitos atribuídos a cada resenha, sendo eles: insuficiente, regular, bom e excelente.

[...]

Pequenas ações como essa ou, por exemplo, como o Projeto *Carpe Diem*, do Sr. Marcio Coutinho, diretor no Centro de Detenção Provisória de Sorocaba, São Paulo, que criou um projeto para acompanhar presos que são chamados de “presos de baixo potencial ofensivo”, separando-os dos reincidentes, para que esses não voltem a cometer novas infrações, nem se integrem em facções criminosas, ou, então, o Programa de atenção ao egresso e a família, que tem por base a assistência direta no estreitamento dos vínculos familiares, construindo e ampliando a rede social de apoio, ambos articulados em algumas comarcas; Estes exemplos são um começo à mudança do sistema prisional, servindo de espelho para os demais.

De igual modo, em alguns municípios foi instaurado a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), correspondente a uma entidade civil, sem fins lucrativos, que se dedica à recuperação e reintegração social dos sentenciados a penas privativas de liberdade, dando auxílio ao Poder Judiciário e Executivo. Um de seus objetivos é fazer com que os delinquentes reflitam acerca dos erros e, depois de recuperados, não voltem a delinquir.

Para Mario Ottoboni:

Do ponto de vista jurídico-civil, é uma entidade da comunidade, com personalidade jurídica, legalmente declarada de utilidade pública. Do ponto de vista judiciário, é o órgão parceiro da Justiça, o que a subordina ao juiz competente na comarca. Fica assim, no seu papel de entidade da comunidade, obrigada a prestar gratuitamente, importante, mas sempre acessória colaboração aos órgãos da execução penal (Poder Judiciário e Executivo). Está claro portanto que APAC não é prisão privada em nenhuma das suas formas, desde a mais extrema, total, até as mais diversas formas parciais de transferir ou delegar, pelo Estado, a uma empresa privada o exercício do direito de punir na fase de execução penal. (2006, p. 69-70).

O método utilizado das APACs também é considerado inovador e eficiente, caracterizado pela disciplina; respeito; ordem; trabalho e o envolvimento da família do sentenciado. Nas palavras de Claus Roxin (2001, p. 474), o atual direito penal deve não apenas conhecer a pena retributiva, mas também se tornar cada vez mais instrumento de direcionamento social, com o fim de garantir a paz, o sustento da existência e da defesa dos direitos do cidadão.

Sobre o desenvolvimento do método APAC, vê-se que se iniciou com base na religião, mas, hoje, seu caráter ideológico rege pela humanização do indivíduo, “matando o delinquente” que há dentro de cada apenado. É surpreendente a quantidade de atividades propostas, comparado ao ócio compulsório das cadeias e penitenciárias do sistema comum.

Respeitar os outros, dialogar educadamente entre si, zelar pelo bem-estar de si e dos outros, comunicar à casa alguma irregularidade, ser leal na comunicação; preservar na fé; se responsabilizar e se esmerar no desempenho das atribuições; não apostar, entre outros. (OTTOBONI, 2006, p. 111).

Ressalta-se que, atualmente, um preso no sistema carcerário convencional brasileiro custa em média quatro salários mínimos mensais ao Estado e seu índice de reinserção social é de 14%, enquanto os números que representam a reincidência ficam em torno de 80%. Contudo, nos locais onde há as APACs, se evidencia que a execução da pena é aplicada com baixos custos, que giram em torno de um salário mínimo por apenado e altos índices de não-reincidência, que em média é de 70%, podendo chegar em alguns casos a 98% (CNJ, 2017).

Diante disso, além dos demais projetos citados, mostra-se que a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados é um método que deve ser adquirido em mais comarcas do país, por ser uma oportunidade de o apenado cumprir sua reprimenda de forma digna, o que se aproxima da ideologia do direito penal de valorização humana e ressocialização.

Como ideal, seria vantajoso criar convênios entre Varas de Execução Penal e faculdades ou universidades, com o intuito dos discentes, de diversas áreas da ciência, realizar estágios, ou apenas trabalhos voluntários, dentro das cadeias e penitenciárias, promovendo palestras, cursos, ou apenas fiscalizando o sistema como um todo, buscando-se efetivar a assistência dos apenados que é prevista em lei.

Além disso, a tarefa socializadora há de ser desenvolvida independente do modelo de sociedade. O indivíduo socializado será aquele que buscará meios construtivos para seu desenvolvimento, consciente de atuar em prol da sociedade em que viva, seja ela justa ou injusta. (MARQUES, 2016, p. 203).

Enfim, Claus Roxin sustenta a ideia de que “uma política criminal que deseje fundamentar o sistema do direito penal tem de acolher em seu bojo os direitos humanos e de liberdade internacionalmente reconhecidos” (2006, p. 67). Nessa perspectiva, exclusivamente, apenas um sistema estruturado nas garantias constitucionais e humanas podem levar a uma aplicação límpida e socializada do Direito Penal, conservando sua atuação nos limites da necessidade, sem qualquer viés excludente ou discriminatório.

4 CONCLUSÃO

Como visto, a maioria dos indivíduos privados de liberdade, hoje, no país, cumprem suas penas em regime inadequado, sendo o sistema prisional composto por diversos estabelecimentos superlotados, dentre outros obstáculos. Esse resultado é contrário com a finalidade da execução penal, que deve buscar efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e propiciar condições harmônicas de integração social do condenado ou do internado.

Pelos dados do INFOPEN (2017), registra-se que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, com cerca de 726.712 presos e déficit de 358.663 vagas, sendo 40% dessa população presos sem condenação, e destes, 75% não tiveram acesso ao ensino médio, maioria jovens negros e pobres. Isso se dá por vários fatores internos, como a falta de estrutura e fiscalização, ausência de localidades específicas para o cumprimento da pena em regime adequado, ausência de políticas públicas eficazes para o reingresso do apenado na sociedade e a cultura da imposição da prisão como forma de clamor social, bem como por fatores externos, que dizem respeito aos problemas sociais.

Assim, fica evidente que o sistema penal vem cumprindo apenas com o seu viés punitivo, deixando de lado a ideologia ressocializadora da pena, dividindo o ambiente carcerário e a comunidade livre, onde, no primeiro, há deficientes condições materiais e humanas.

Também, conforme aponta a ADPF nº 347 (2015), no julgado de pedido cautelar, não há dúvidas de que o sistema prisional se encontra em crise, sendo suas unidades comparadas com “masmorras medievais” e os presos como “lixos humanos”, dentro de celas cheias, sem assistência, o que resulta na não ressocialização e no despreparo do cidadão para o retorno em sociedade, fazendo com que os índices de reincidência sejam elevados e proporcionem um ciclo vicioso, tornando as prisões, na forma como estão funcionando, apenas “escolas para o crime”.

Diante disso, podemos afirmar que é indispensável a reestruturação do sistema, com a

construção de presídios, criação de projetos e políticas públicas voltadas a superar o déficit de vagas, bem como para diminuir o número da criminalidade e reincidência, com base na releitura humanística do ordenamento jurídico, voltada para a dignidade da pessoa humana, de tal modo que alcance a construção de uma sociedade igualitária. Inclusive, deve-se nortear pela aplicação de um Direito Penal baseado nas disposições constitucionais, com o fim, de igual modo, de que o sistema não se torne em mais um elemento de exclusão social e de segregação dos indivíduos em sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BROLL, Rafael Arruda. **Controle social estatal: prisão, cifra negra e seletividade**. In: Revista transdisciplinar de ciências penitenciárias. Vol. 3, n. 1, jan-dez 2004. Pelotas: EDUCAT, 2004.

CARVALHO, Salo. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. In: Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneo II. Org. Ruth Maria Chittó Gauer, 2010.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Apac: método de ressocialização de preso reduz reincidência ao crime**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84625-apac-metodo-de-ressocializacao-de-preso-reduz-reincidencia-ao-crime>>. Acesso em: 21 de mai. 2018.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GIORGI, Alessandro de. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa**. Tradução Leandro Ayres França. In: Social Justice vol. 42, n. 2, 2015.

INFOPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/uploads/filemanager/source/relatorio_2016_23-11.pdf>. Acesso em: 03 de abr. 2018.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Mulheres. Disponível em <<file:///C:/Users/dell/Downloads/Relat%C3%B3rio%20INFOPEN%20Mulheres.pdf>>. Acesso em: 05 de mai. 2018.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. **A falácia da ideologia**

ressocializadora da pena de prisão: análise do sistema carcerário brasileiro. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4dd7i51v/HXpk4k9R8s78p30p.pdf>>. Acesso em: 14 de mai. 2018.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MELLO, Priscilla Macedo da Motta. **A problemática do sistema penitenciário e os fins da ressocialização.** In: Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal, n. 07, Brasília, 2002.

OTTOBONI, Mario. **Vamos matar o criminoso? Método APAC.** São Paulo: Paulinas, 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Tradução Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. **Tem futuro o direito penal?** In: Revista dos Tribunais. n. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social.** Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

STF. **Voto da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 16 de mai. 2018.

_____. **Voto proferido pelo relator Ministro Teori Zavascki no RE n. 580.252/MS.** 2014, Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/12/art20141204-03.pdf>>. Acesso em: 16 de mai. 2018.

STJ. **Habeas Corpus 123.451/RS, DJ 03.08.2009.** Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6063447/habeas-corpus-hc-123451-rs-2008-0273561-7/inteiro-teor-12199878>>. Acesso em: 14 de mar. 2018.

THOMPSON, Augusto. **A questão da penitenciária.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** Vol. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A REAÇÃO DAS MINORIAS EM FACE DOS FENÔMENOS DE EXCLUSÃO SOCIAL: A ORIGEM DAS SUBCULTURAS CRIMINAIS

Diogo Ramos CERBELERA NETO
Francisco Lozzi da COSTA¹

RESUMO

O presente trabalho almejou expor as principais características da Teoria das Subculturas Delinquentes, difundida por Albert Cohen, com a finalidade de demonstrar que essas “culturas menores” são em realidade uma forma de reação das minorias perante os fenômenos de exclusão social. Partindo dos conceitos de cultura, contracultura e subcultura, cercamos temas como desigualdade social, sociedades competitivas, ética do sucesso, *status frustration* e até mesmo liberdade e justiça. O principal objetivo deste artigo é de asseverar que as delinquências praticadas no contexto de Subculturas podem ser prevenidas através de um processo de inclusão social e aumento da igualdade distributiva de recursos, principalmente no que concerne a delinquência juvenil.

PALAVRAS-CHAVE: Subcultura delinquente; Albert Cohen; Delinquência juvenil; Exclusão social; Sociedades competitivas.

ABSTRACT

The present work aimed at exposing the main characteristics of the Theory of Delinquent Subcultures, initially developed by Albert Cohen, with the purpose of demonstrating that these "minor cultures" are in reality a form of reaction of the minorities before the phenomena of social exclusion. Starting from the concepts of culture, counterculture and subculture, we surround issues such as social inequality, competitive societies, ethics of success, status frustration and even freedom and justice. The main objective of this article is to assert that the delinquencies practiced in the context of Subcultures can be prevented through a process of social inclusion and an increase in the distributive equality of resources, especially with regard to juvenile delinquency.

KEY WORDS: Subculture delinquent; Albert Cohen; Juvenile delinquency; Social exclusion; Competitive societies.

INTRODUÇÃO

A função da criminologia é de combater a criminalidade por meios preventivos e através da percepção da realidade almeja entendê-la verdadeiramente e com seus estudos fornecer dados às outras ciências incumbidas de exercerem juízos axiológicos com a finalidade de criar as normas necessárias para impedir o cometimento de novos delitos.

Desse modo, a criminologia além de combater a criminalidade, provoca ao mesmo tempo o aperfeiçoamento da vida em sociedade, pois apesar dessa percepção ser provisória, é confiável, podendo ser complementada conforme novos estudos sobre a mesma realidade fática.

¹ Possui mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - Instituição Toledo de Ensino (2011), graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo (1988) e graduação profissional em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (1981). Lecionou no Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente no curso de Direito, de 2013 a 18/12/2018.

A pretensão do presente trabalho é de expor conceitos teóricos acerca da Teoria da Subcultura Delinvente, muito bem desenvolvida por Albert Cohen, a apresentação desse tema se mostra pertinente principalmente quando se envolve concepções sobre cultura e crime, bem como as mais variadas formas de exclusão social extremamente recorrente no Brasil. O objetivo principal deste artigo é de demonstrar que os fenômenos de exclusão social, bem como a desigualdade socioeconômica, estão diretamente relacionados com o cometimento de crimes, principalmente sob a esfera da juventude.

Assim, o trabalho se inicia apresentando as premissas do estudo da Teoria da Subcultura Delinvente com um enfoque na Sociologia Criminal, mais especificamente nas concepções da Escola de Chicago, uma análise crítica do crime como um fenômeno social. Em seguida, mas ainda no mesmo capítulo, discorreremos sobre a conceituação de cultura e suas modalidades *sui generis*, quais sejam, a contracultura e a subcultura para melhor elucidação da origem do tema e objeto de estudo deste trabalho.

No capítulo seguinte, o foco está na própria Teoria da Subcultura Delinvente, na sua origem histórica e características, nos moldes das acepções de Albert Cohen e de outros pensadores. Neste capítulo, pretendeu-se expor os principais fundamentos teóricos do entendimento Subcultural e delitivo, principalmente no que concerne as condutas desviantes praticadas pelos grupos de jovens no âmbito de sua formação de caráter e identidade.

Em seguida, o objeto de estudo centralizou-se nos fenômenos de exclusão social oriundos das sociedades competitivas, perpassando pelos conceitos de desigualdade, igualdade, justiça e humanidade. O impedimento de alcance aos bens da vida e a justa distribuição de recursos ferem a prerrogativa de liberdade inerente à vida de todo cidadão, a inaptidão social e econômica extirpa o direito de livre escolha para uma vida de sucesso legítimo em razão de segregações culturais.

Por fim, destacamos o estudo da subcultura inserido em um contexto de reação da minoria, aliás, arrolamos exemplos de subculturas com foco no Brasil que demonstram que essas “culturas menores” agem como resposta aos diversos mecanismos de exclusão social vigentes na sociedade. As metas e valores sociais dominantes que as pequenas comunidades buscavam alcançar por meios legítimos de ascensão, as subculturas criminais tentam alcançá-las por meio da delinquência.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo e o procedimento para coleta de dados utilizados foi o bibliográfico. A escolha do método se deu em razão das observações sociais que se relacionam com as teses desenvolvidas em torno das subculturas, a análise do contexto histórico de exclusões sócias demonstram diversos fatores que incidem e propiciam a formação das subculturas. Quanto ao procedimento de coleção de informações, se concretizou pelas diversas pesquisas em livros e artigos científicos utilizados como base para o corrente trabalho.

A CULTURA E SEUS CONCEITOS *SUI GENERIS*: CONTRACULTURA E SUBCULTURA

Antes de adentrarmos nos conceitos propostos para estudo do presente capítulo, importa-nos fazermos breve introdução histórica acerca das concepções teóricas da Sociologia Criminal norte-americana da Escola de Chicago, pois se mostram pertinentes para elucidação da origem das chamadas formas de “culturas menores” que se pretende estudar durante esse trabalho científico.

Em primeiro lugar, podemos afirmar que os pensadores dessa linha de pensamento possuíam um viés etiológico, pois se preocupavam com a origem e a causa dos delitos, enxergando o crime como uma espécie de elemento que interage com os indivíduos e seus meios ecológicos, isto é, o meio ambiente, dali se desenvolvendo.

A Escola de Chicago difundiu vários estudos a partir da ideia do desenvolvimento urbano, da industrialização das cidades e o estudo da configuração delitiva nessas áreas, é a chamada “sociologia da grande cidade”, pois esta não é tratada meramente como um meio, mas um ser vivo que se relaciona com a realidade, produto de uma forte mobilidade social e das “áreas de delinquência” identificadas por estes estudiosos.

A premissa do estudo ecológico e etiológico da Escola de Chicago é a da compreensão das cidades como um organismo vivo e não apenas um conceito arquitetônico, ou um mero agrupamento de pessoas, assim

cidade é um estado de espírito, um corpo de costumes e tradições e dos sentimentos e atitudes organizados, inerentes a esses costumes e transmitidos por essa tradição. Em outras palavras, a cidade não é meramente um mecanismo físico e uma construção artificial. Está envolvida nos processos vitais das pessoas que a compõem. (PARK, 1967, p.29)

A Escola de Chicago se posiciona em oposição ao crescimento das grandes cidades, no entanto, esse fenômeno de urbanização, também conhecido como mobilidade social, propicia uma influência nos freios inibitórios da criminalidade, ora, é muito mais difícil capturar o criminoso no meio das grandes cidades - era mais ainda na época que a Escola de Chicago começou a ser desenvolvida na década de 30 - ressaltando ainda, que em razão do desenvolvimento urbano desenfreado, ocasiona-se ainda o retardamento também, nos chamados freios informais, pois como o delinquente não conhece sua vítima, na maioria das vezes, não vê impedimento para o cometimento do delito, o que não ocorreria caso a vítima fosse seu amigo íntimo.

Em outras palavras, SHECAIRA (2008, p. 146) explica que:

A explosão de crescimento da cidade, que se expande em círculos do centro para a periferia, cria graves problemas sociais, trabalhistas, familiares, morais e culturais que se traduzem em um fermento conflituoso, potencializador da criminalidade. A inexistência de mecanismos de controle social e cultural permite o surgimento de um meio social desorganizado e criminógeno que se distribui diferenciadamente pela cidade.

Percebe-se que o foco da Escola de Chicago está nas cidades e nas suas áreas de delinquência onde existem uma denegação física e moral mais exacerbada, reconhecida por esta escola como as fontes da criminalidade. O crescimento das grandes urbes cria uma reurbanização e expansão de forma abrupta, gera para as teorias ecológicas um aumento excessivo de doenças, imoralidades, crimes, atos de insanidade e até suicídios.

Assim que os freios de inibição informais acabam se perdendo, nesta esteira explica SHECAIRA (2008, p. 165) “com transformações muito profundas na cidade, o papel desempenhado pela vizinhança – de controle social informal – acaba por perder-se. Não há mais instâncias efetivas que possam desincumbir-se dessa tarefa.” A quebra de vínculos oriundos da desorganização social impede até mesmo que a família, a escola, a igreja, etc., exerçam seu papel controlador e refrear as condutas humanas. É fato que nas grandes cidades não há o controle informal que existe nas menores, isto porque o anonimato do ser cria uma impessoalidade nas relações humanas e uma liberdade exacerbada que conduz a formas de condutas desviadas que atingem a sociabilidade humana. Neste sentido, CHRISTIE (1998, p.13):

A distância social tem uma importância particular. Ela aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosas.

Essa segregação natural dos agrupamentos socioeconômicos caracteriza a própria cidade, dando-lhe forma (SHECAIRA, 2008, p. 167/168), isto porque “a segregação oferece ao grupo e, portanto, aos indivíduos que o compõem, um lugar e um papel na organização total da vida da cidade” (BURGESS, 1948, p.362).

Para os pesquisadores de Chicago, desde os problemas sociais até os criminais, estão todos relacionados com a distribuição da população pelas áreas destes círculos concêntricos, permitindo encontrar as áreas de delinquência que “criaram distintos códigos morais e modelos de comportamento diferenciados” (SHECAIRA, 2008, p. 169).

Os objetivos e valores sociais que as pequenas comunidades tentavam alcançar por meios legítimos de ascensão, as sociedades diferenciadas tentam por meio da delinquência, o crime se torna, por esta perspectiva da Escola de Chicago, um mecanismo de alcance aos valores estimados pela sociedade.

Essas pequenas comunidades que se formam nas mais variadas localidades da cidade formam um aglomerado de indivíduos marcados pelas semelhanças entre valores, crenças, tradições, gostos e hábitos compartilhados e aprendidos entre gerações. Esse conjunto de características compõe o que denominamos de cultura. Em razão da formação dessas sociedades complexas decorrentes das pluralidades de classes, etnias, raças e grupos em geral, oriundos das mais diversas formas de mobilidade social, principalmente as imigrações, tornou-se difícil de

definir quais seriam as marcas culturais predominantes nas novas sociedades.

Dessa forma, alguns estudiosos passaram a estudar alguns fenômenos sociais apontados pelos conflitos entre culturas existentes em determinadas áreas, conhecidos também como formas de enfrentamentos da juventude e do *establishment*. Assim, pertinente se faz distinguir, dentre essas diversas formas de culturas, suas naturezas existenciais, ou seja, suas respectivas posturas em face das culturas dominantes em determinada localidade, podemos dizer que se trata de espécies *sui generis* de cultura, são elas, a contracultura e a subcultura.

Partindo do pressuposto que é a sociedade tradicional que dita os valores predominantes de uma cultura dominante, devemos entender que as culturas menores reagem como consequência de uma colisão de valores, entre os tradicionais com os dos próprios grupos. No entanto, o *modus operandi* de cada “cultura menor” difere das demais, permitindo-nos definir como contracultura, aquelas menores que reagem de uma forma muito mais proativa e contradizem diretamente os valores, objetivos, bem como a estrutura da sociedade tradicional, de uma forma nítida e articulada, são confrontadores por sua própria natureza, como foi o movimento *hippie*, nos anos 60, as contraculturas visam um projeto alternativo de padrão cultural dominante com uma atuação agressiva.

De forma diferente, as subculturas possuem uma postura mais reativa do que proativa, mesmo expressando sentimentos exclusivos de seu grupo, enquanto as contraculturas são contestadoras, as subculturas se isolam da sociedade tradicional, reproduzindo alguns valores convencionais, mas com um sinal invertido (SHECAIRA, 2008, p. 246).

As subculturas também se encontram em situação de conflito com relação ao *status quo*, mas ainda aceitam as estruturas e alguns valores e objetivos protegidos pela cultura tradicional, seus valores próprios admitem o convívio com os convencionais, no entanto não necessariamente buscam os alcançar da forma esperada, é o que veremos mais aprofundadamente no próximo capítulo, esmiuçando as características das subculturas delinquentes, bem como suas formas de agir e natureza.

A SUBCULTURA DELINQUENTE: ASPECTOS ETIOLÓGICOS E CARACTERÍSTICAS

A subcultura delincente representa uma reação necessária de determinadas minorias no escopo de se manter dentro de uma estrutural social altamente exigente para subsistência. Refletem por meio de manifestações delituosas culturas "inferiores" que sobrevivem inseridos num cenário altamente desfavorecido.

Nesse sentido, a subcultura delincente, pode ser definida

como um comportamento de transgressão que é determinado por um subsistema de

conhecimento, crenças e atitudes que possibilitam, permitem ou determinam formas particulares de comportamento transgressor em situações específicas. (SHECAIRA, 2008, p. 250).

Nítida a presença de um fator essencial para formação das subculturas criminais, são os problemas de desigualdade social e da não acessibilidade dos componentes das culturas menos favorecidas aos valores e objetivos da estrutura social. Em outras palavras, o choque entre essas culturas menores e a sociedade afloram as subculturas, que nada mais são que um reflexo social de minorias que buscam sobreviver dentro de uma sociedade de escassas possibilidades.

O impedimento de acesso aos valores dominantes decorre da inaptidão social que muitos desfavorecidos sofrem em face das dificuldades da vida para que delas possam extrair o sucesso. Essa situação de injustiça da origem a um sentimento de fracasso, humilhação, impotência, tristeza, amargura, bem como muitos outros que se opõem a ética do sucesso, da meritocracia e da competitividade.

Essa gama de sentimentos emerge nos jovens, especialmente na adolescência, idade marcante para formação dos traços mais determinantes da personalidade do indivíduo. A escola, desse modo, é um campo fértil para proliferação de futuros jovens delinquentes, pois é ali que os frutos da sociedade competitiva se sobressaem, pois os sentimentos de origem no insucesso e na frustração de obtenção de status

parece recrudescer nas escolas, onde os jovens de famílias abastadas experimentavam na socialização escolar uma espécie de continuação do aprendizado da educação familiar recebida durante toda a vida, diferentemente do que sucedia com os jovens de classes econômicas inferiores, das classes trabalhadoras, das quais vivenciavam o oposto, submetendo-se a uma espécie de desestruturação cultural em que o padrão dos valores transmitidos no ambiente escolar pertencia às classes mais favorecidas. (JÚNIOR, 2015, p.96)

Os jovens que encontram nas escolas uma complementação da sua cultura e ensinamento familiar dificilmente se desviarão para o caminho da delinquência, pois terão resistência à incorporação aos valores transgressores de uma subcultura delinquente, como por exemplo, uma gangue. O oposto ocorre com aqueles que, ao entrarem numa instituição de educação formal, não encontrarem amparo com os valores morais familiares, seja pela ausência desses modelos nas escolas ou até mesmo conflitos entre as normas familiares e escolares, as subculturas se mostrarão muito mais atraentes e capazes de impor seu próprio padrão moral.

Faz parte do processo de formação de identidade dos jovens o enfrentamento destes ao mundo adulto, se trata de um processo de identidade em obras. Ao mesmo tempo que a identidade identifica e individualiza a pessoa, também serve como base para a união de grupos compostos de identidades semelhantes, o que justifica a formação de grupos subculturais e suas atitudes. Nesse viés que ATHAYDE conceitua identidade (2005, p. 205):

Identidade é uma palavra enigmática: por um lado, significa a originalidade de alguém, a singularidade que torna cada pessoa incomparável e única; por outro lado, adquire o sentido oposto ao designar a semelhança que aproxima duas pessoas.

Enquanto em um primeiro momento a originalidade do indivíduo serve para delinear os traços de uma identidade em formação, em seguida é útil para aproximar e formar grupos com identidades semelhantes que, no caso proposto para nosso estudo, se trata de associações para transgredir, os jovens buscam um reconhecimento dos adultos no pacto social vigente.

Assim, entendemos que a subcultura criminal não é uma manifestação delinqüencial isolada, são exteriorizações coletivas, as quais produzidas por vários indivíduos, cada um funcionando como objeto de referência para os outros, que ocupam posições semelhantes na estrutura social e chegam de comum acordo a um novo conjunto de critérios aceitos pelo grupo, isto é, trata-se de meios coletivos de comportamentos desviantes para solução de problemas que lhes são comuns (SHECAIRA, 2008, p. 249/251).

A delinqüência juvenil, quando analisada sob o enfoque da adolescência e na fase de construção social, possui um significado maior, pois as razões que os levam a delinquir estão ligadas aos seus sentimentos mais marcantes e determinantes para formação como pessoa, então podemos afirmar que

os atos criminosos juvenis e adultos são muitas vezes *qualitativamente* diferentes. São distintos no que se refere a seu significado, seu processo, com relação ao que nos dizem sobre o autor e o contexto do autor (KLEIN, 1987, p.26/27)

Os sentimentos de fracasso e oriundos da frustração eclodem na juventude pré-adulta, podem ser entendidos como um clamor da juventude perante os valores determinantes e majoritários que não podem ser alcançados por eles (os adolescentes da classe trabalhadora), em razão dos diversos fatores culturais, sociais e econômicos que se encontram.

Para melhor compreensão da Teoria da Subcultura Delinqüente, cumpre-nos dissertar acerca da sua origem histórica, seus principais pensadores e trabalharmos o contexto etiológico em que suas primeiras impressões foram construídas.

A Teoria da Subcultura Delinqüente tem sua origem nos EUA, no período pós-segunda guerra mundial e de grande emergência nas áreas da ciência e tecnologia, já estava vigente o famoso axioma *American Dream*.

No entanto, no final da década de 50, em decorrência da inaptidão de alguns jovens em acessar os consagrados valores da sociedade, o padrão *american dream* passou a entrar em decadência, pois boa parte da sociedade, em especial os jovens, estava impedida de acessar os gloriosos sonhos culturais oriundos da ética do sucesso de uma sociedade tão competitiva. Quando essa situação começou a atingir também parte da baixa burguesia branca, os resultados dessa

minoria descontente explodiram em subculturas.

O principal teórico das subculturas juvenis foi Albert Cohen, que entendia as subculturas delitivas como um produto do conflito entre a cultura da classe operária e a da classe média. CASTRO e CODINO nos explica que para Cohen, a subcultura criminal deve ser entendida como um tema de construção e reforço de um código de comportamento oposto aos valores dominantes, em especial aos da classe média, vejamos:

Para Cohen, las subculturas delictivas eran el producto de un conflicto entre la cultura de la clase obrera y la de la clase media. El alumno de clase obrera asistía a una escuela en la que era juzgado conforme a las normas de la clase media: la confianza en í mismo, los buenos modales, la gratificación diferida, el respeto de lo ajeno, etcétera. Sus “valores de clase obrera” no lo preparaban bien para competir em esa situación, aunque, en cierta medida, había interiorizado las normas del éxito propias de la clase media. Como resultado de la “frustración de estatus” los adolescentes reaccionaban colectivamente contra las normas que no lograban realmente respetar. En un proceso de “formación reactiva”, invertían los valores de la clase media y creaban una cultura maligna, hedonista, a corto plazo, no utilitaria y negativista. (2013 p. 138)

A princípio, o crime é cometido por uma razão racional, ora, se furta um bem, pois este possui valor econômico ou porque pode ser consumido ou utilizado para diversas finalidades, objetiva-se com o delito suprir uma necessidade que decorre da ausência de algo. No entanto, quando o delito é analisado sob o contexto da Subcultura Criminal essa razão distorce, pois nem sempre se busca com o objeto material do crime prover uma falta, é o que explicaremos a seguir.

Como já exposto, Albert Cohen afirma que as Subculturas Criminais possuem certas peculiaridades, sendo suas características a ação não utilitária, a malícia e o negativismo (em suas palavras (1955, p. 25), as condutas são: “*non-utilitarian, malicious, and negativistic*”). Com esse estudo, Cohen tentou explicar a desproporção nas estatísticas criminais dos comportamentos transgressores de indivíduos de classes menos favorecidas, principalmente nas regiões mais precárias.

Quanto ao não utilitarismo da ação, para compreender esta característica vale o raciocínio pelo qual o crime por si só se justificaria como consequência de uma carência que precisa ser suprida, nesse sentido, o fim delitivo seria um destino específico, racional e utilitário. Nesse sentido, se pratica o crime, pois o produto delitivo possui uma utilidade racional. Não obstante esse raciocínio lógico e completamente aceitável, Cohen nos apresenta um questionamento sobre a motivação da delinquência juvenil, que vai a contraponto do entendimento mais lógico. A questão é que nesses casos específicos de subcultura criminal, especialmente juvenil, o crime impescinde de motivação e utilitarismo, não há motivação alguma, são não utilitárias.

O delito se justifica por puro prazer, só tem valor, tais atos, por ser uma proeza que lhes atesta glória e poder perante grupos rivais e a profunda auto satisfação, é um meio de obtenção de *status* pelas gangues (SHECAIRA, 2008, p. 252).

A segunda característica, a malícia, revela a maldade e a busca no desconforto das outras pessoas, um prazer em desafiar os tabus do *status quo*, o desafio de atingir metas proibidas e que a princípio são inalcançáveis aos cidadãos comuns, assim, as gangues juvenis exibem atos de hostilidade gratuita contra jovens não pertencentes de gangues, desafiam as normas das Instituições Educacionais, escarnecem das pessoas nos espaços públicos, alegram-se com o desconforto alheio.

O Negativismo significa a polaridade negativa ao complexo de valores da estrutura social, não se trata de regras próprias, a subcultura delinquente toma as normas da cultura dominante que as sonda e as inverte, trata-se da subversão e inversão dos valores dominantes, como por exemplo, o apreço pela violência e o desprezo pela propriedade, os prazeres imediatistas e etc. Os *Standards* das gangues refletem o reverso dos *Standards* convencionais, as condutas que para o *status* dominante seriam repulsivas, para as subculturas teriam seus *status* elevados e prestigiados. A transgressão, neste viés, são condutas de mero hedonismo imediatista cuja função é excitar a repressão estatal e até informal com objetivo de reconhecimento social pelos adultos, mas como uma figura adulta negativa, de desordem.

AS SOCIEDADES COMPETITIVAS E AS DIVERSAS FORMAS DE EXCLUSÃO SOCIAL

Os fenômenos de exclusão social remontam um longo processo histórico da humanidade. Desde as civilizações mais antigas, os seres humanos criam contextos de segregação social impedindo e inviabilizando que determinadas castas, grupos, categorias de pessoas alcancem as mesmas condições valorativas dos padrões culturais dominantes. É o que se extrai quando analisamos fatos históricos como as sociedades escravagistas que marginalizavam e excluíaam os negros, ou as expulsões dos leprosos, das bruxas e dos hereges nos tempos antigos, ou até mesmo os genocídios de judeus, negros e homossexuais na Alemanha de Hitler.

Essas perseguições e privações de direitos e atividades de determinadas minorias demonstram que os seres humanos, desde o primórdio, possuem um atrativo em segregar e subestimar os outros, criando espécies de subcidadãos ou cidadãos de segunda classe, manifestando diversas formas de discriminação social negativa, onde se preocupar com o outro se trata dos últimos recursos do homem (CASTEL, 2010, pp. 36-39).

Os mecanismos de exclusão social possuem a utilidade para aquele que exclui de submeter o outro a satisfazer seus próprios interesses, uma forma consciente e tendente a abominar e rejeitar o outro e o usa-lo como instrumento de suas vontades sob o argumento de inferiorização alheia que justificaria as condutas de discriminação e exclusão social, se trata de violências de segunda ordem.

Neste diapasão, Mariangela Belfiore Wanderley (2002, p. 22), aponta um processo o qual denomina de “apartação social”, que seria um artifício que se manifesta nas relações sociais

inerentes ao instinto do ser humano de autoproteção que expressa ao outro intolerâncias, os enxergando como inimigos ou alguém que possa prejudica-los. Vejamos:

[...] um processo pelo qual denomina-se o outro como um ser “à parte”, (apartar é um termo utilizado para separar o gado), ou seja, o fenômeno de separar o outro, não apenas como um desigual, mas como um “não semelhante”, um ser expulso não somente dos meios de consumo, dos bens, serviços, etc. mas do gênero humano. É uma forma contundente de intolerância social.

Esses contextos de dominações procedem em dois mundos em uma mesma sociedade, uma cultura dominando a outra, um grupo incluído e satisfeito nos padrões impostos pelas estruturas sociais e outros grupos inferiorizados, marginalizados, excluídos, abatidos e nem um pouco satisfeitos com suas condições de sobrevivência.

As relações entre os homens, portanto, se desdobram em liames de dominação e exclusão, os grupos humanos possuem tendência a entender os outros como inimigos em decorrência de suas “diferenças” criadas por eles mesmos, o que justificaria a dominação e a tentativa de tornar o outro em igual. Historicamente as tentativas de “civilizações” de determinados povos, como, por exemplo, o processo de catequização imposta aos índios na chegada dos Portugueses ao Brasil como uma espécie de culturalização legitimada, ora, não podemos confundir diferença com desigualdade, enquanto a primeira se trata de um dado cultural, a segunda se trata de um dado ético, acontece que muitos confundem seus conceitos e acabam tratando as diferenças culturais como justificativa para tratarem os outros como desiguais, ocasionando os preconceitos em suas mais variadas modalidades e, por fim, nas injustiças sociais.

Ante o exposto, encarar as diversas modalidades de exclusão social, reclama discursos acerca da conceituação de igualdade, ora, se o que distingue as pessoas umas das outras e ocasionam os fenômenos de exclusão social - as privações de direitos e a plena satisfação de suas necessidades pelo uso dos bens da vida - são as diferenças, não é possível fugir do tema da própria igualdade.

Na concepção de Ronald Dworking, igualdade pode ser entendida como a prerrogativa de receber de uma justa e equitativa distribuição de recursos que possibilitam escolhas e tomadas de decisões pertinentes à vida de cada um, isto é, uma justa disponibilização de recursos que viabiliza o acesso justo a todos e a todas as oportunidades da vida, de modo que lhes sejam concedidas chances de escolhas e liberdade de decisão. Em seus dizeres:

Na igualdade de bem-estar, as pessoas devem decidir que tipo de vida querem, independentemente das informações pertinentes para decidir o quanto suas escolhas reduzirão ou aumentarão a capacidade de outros terem o que querem. Esse tipo de informação só se torna importante em um segundo nível, político, no qual os administradores coletam todas as escolhas feitas no primeiro nível para ver qual distribuição dará a cada uma dessas escolhas êxito igual em alguma concepção de bem estar interpretada como a dimensão correta do êxito. Na igualdade de recursos, porém, as pessoas decidem que tipo de vida procurar munidas de um conjunto de informações sobre o custo

real que suas escolhas impõem a outras pessoas e, conseqüentemente, ao estoque total de recursos que pode ser equitativamente utilizado por elas. As informações que sob a igualdade de bem-estar passam a um nível político independente são, sob a igualdade de recursos, levadas ao nível inicial da escolha individual [...] (DWORKIN, 2011, p. 85-86).

Em suma, a igualdade se desdobra em duas vertentes, a da escolha e a da responsabilidade. Essa possibilidade de escolha resulta em liberdade, há, portanto, uma dialética entre liberdade e igualdade na distribuição dos bens e riquezas. Já a responsabilidade, se trata do juízo que cabe a cada um de sua própria vida, cabendo ao Estado prover a justa repartição de bens e recursos para possibilitar que cada um atinja seus objetivos. Assim, ferir a igualdade significa ferir a liberdade que consiste na privação de certas parcelas da sociedade do acesso aos bens da vida.

Debater a temática da igualdade envolve discussão sobre justiça, um debate que vai muito além da mera reflexão, mas de humanidade com escopo de solucionar os problemas das diferenças entre os homens, os equacionando e por fim, a tentativa árdua de reduzir o palco das desigualdades e das exclusões sociais que nunca se cessam.

Voltando a temática da Subcultura Delinvente de Albert Cohen, ressaltamos que em sua obra *“Delinquent Boys. The Culture of The Gang”* de 1955, o autor sustenta que a delinquência surge da falta de oportunidade econômica e social dos jovens da classe operária e moradores marginalizados pela sociedade das periferias dos EUA que integram as gangues. No contexto das subculturas, as gangues podem ser traduzidas como uma forma de aquisição de respeito perante os outros grupos, como resposta à violência que sofrem pela exclusão social, situação que demonstra uma dialética entre os excluídos, pois dois ou mais grupos diferentes externam suas normas próprias excluindo-se uns aos outros, mesmo estes todos inclusos em um cenário que o código cultural dominante os discrimina.

Não é novidade que no Brasil, os fenômenos da desigualdade são recorrentes e sancionam os brasileiros a uma situação de miséria que se perpetua há muito tempo. Nossa sociedade é um palco de desigualdades que nos condena a conviver sob os mais variados efeitos perversos das exclusões socioeconômicas, sejam a sobreviver contra a fome, a falta de saúde, educação e moradia, os preconceitos, as privações dos direitos e garantias mais essenciais. Esses são alguns dos nossos traumas sociais.

Cumpre-nos neste momento manter a dissertação no cenário brasileiro e expor fatos e considerações a respeito das Subculturas Criminais no Brasil, pois é pertinente o estudo dos conceitos teóricos apresentados neste trabalho, na conjuntura social do nosso País. É o que veremos no capítulo a seguir.

A SUBCULTURA COMO REAÇÃO DA MINORIA: AS IMPRESSÕES DA SUBCULTURA

DELINQUENTE NO BRASIL

É preciso deixar bem claro que a Subcultura possui uma identidade própria e um estilo de vida que a individualiza como um grupo único. As Subculturas se diferenciam do restante da sociedade, da cultura dominante por meio de seu *ethos* coletivo, isto é, seu conjunto de valores e meios de comportamento que norteiam seus membros, mesmo que delituoso, porém adequado aos olhos do grupo.

A relação entre crime e cultura se mostra evidente e traz a tona às discussões sobre Controle Social. SHECAIRA (2004, p.56) conceitua Controle Social como o “conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários”, ante essa concepção, afirmamos que quando os indivíduos distanciam-se desses moldes culturais convencionais, os mecanismos de Controle Social começam a agir e os desviados experimentam as suas primeiras impressões com o Controle.

O estro transgressor das Subculturas deve ser entendido como uma forma de reação da minoria estigmatizada pela marginalidade social em face das diversas formas de exclusão social, haja vista a existência de barreiras que impedem, pelos meios legítimos, o alcance do complexo conjunto de regras e valores dominantes impostos pela Estrutura Social.

Os sentimentos de humilhação, impotência, tristeza e injustiça causam no ser humano um fenômeno que ficou conhecido como *Status frustration*. Conforme já fora mencionado, as Subculturas são formadas por componentes que veem um nos outros a semelhança de serem excluídos, os vínculos de união estão relacionados a seus aspectos sociais, econômicos e características culturais. Muito interessante os ensinamentos de Le Blon, nos dizeres de Sigmund Freud em suas análises de psicologia de grupo – aqui ressalta a qualidade interdisciplinar inerente a Criminologia, buscando em outras ciências complementos para seus estudos – segue:

A peculiaridade mais notável apresentada por um grupo psicológico é a seguinte: sejam quem forem os indivíduos que o compõem, por semelhantes ou dessemelhantes que sejam seu modo de vida, suas ocupações, seu caráter ou sua inteligência, o fato de haverem sido transformados num grupo, coloca-os na posse de uma espécie de mente coletiva que os faz sentir, pensar e agir de maneira muito diferente daquela pela qual cada membro dele, tomado individualmente, sentiria, pensaria e agiria, caso se encontrasse em estado de isolamento. Há certas idéias e sentimentos que não surgem ou que não se transformam em atos, exceto no caso de indivíduos que formam um grupo. (1976, p. 96)

O mencionado *Status Frustration*, portanto, ganha uma abrangência coletiva, a partir do momento que o grupo passa a existir, seus indivíduos são impulsionados pelo elo entre seus companheiros a praticar condutas que dentro do círculo social da subcultura são tidas como normais e justificáveis, ao mesmo tempo em que as mesmas condutas são consideradas pela cultura majoritária como transgressoras.

Albert Cohen (1955, p.58) desenvolve o mesmo raciocínio quando afirma que:

The crucial condition for the emergence of new cultural forms is the existence, in effective interaction with one another, of a number of actors with similar problems of adjustment. These may be all members of a group or only certain members, similarly circumscribed, within the group.

No Brasil, as primeiras manifestações relevantes de cunho subcultural deram-se como revelações públicas de depredações de patrimônio público e privada, em especial por meio de pichações que eclodiram no período do regime militar com uma verve política e social cujo objetivo fora expor opiniões sobre liberdade sindical, anistia ampla, liberdade de expressão, entre outros. Eram protestos praticados por meio de condutas revestidas de transgressionalidade.

Em razão de o nosso país possuir um enorme estro de desigualdade, diversas espécies de agrupamentos intitulados de “gangues”, tais como os pichadores, os “emos”, os “punks”, os “skin heads”, os participantes do movimento hip hop, os “anarcopunks”, os “neonazistas”, os “anarquistas”, influenciados por manifestações similares de países estrangeiros, foram se formando como uma modalidade de manifestação natural de inconformismo mal canalizado e desorganizado contra a sociedade consumista. Atualmente essas divisões podem ser visualizadas nas denominadas “torcidas organizadas” de certos times de futebol, a exemplo do grupo “Gaviões da Fiel” (Corinthians), “Mancha Verde” (Palmeiras), Independente (São Paulo) – comportamentos muito semelhantes com o dos “hooligans” no futebol inglês -, bem como até mesmo nas facções criminosas, como por exemplo, o PCC (Primeiro Comando da Capital), os “troles” que são submetidos os calouros na faculdade e até mesmo as subculturas carcerárias que crescem cada vez mais.

SHECAIRA (2008, p. 265) explica que as subculturas dentro do contexto dos presídios pode significar até mesmo uma opção entre a vida e a morte, haja vista os mecanismos de violência ali estabelecidos quando o preso se opõe aos *Standards* de conduta dos grupos dominantes. Em suas palavras:

Hoje, sabemos que a situação interna de uma prisão é incompreensível, se esta realidade não for interpretada tomando em conta os valores subculturais de seus distintos atores e seções, a não ser que nos conformemos com a(s) versão (ões) oficial (is). Para mostrar esse mundo específico, com características próprias, não é demais lembrar o pensamento de Manoel Pedro Pimentel, ao assinalar a vida do detento: ‘o preso aprende desde logo a mistificar, assumindo uma posição comparável à esquizofrenia: finge acatar, assimilar, aprender e respeitar tudo o que lhe for transmitido pela Administração. Na verdade, porém, vive outra vida, inteiramente diversa, acatando, assimilando, aprendendo e respeitando realmente tudo aquilo é passado pelos seus companheiros de prisão. O prisioneiro interioriza rapidamente as regras de convivência com os demais presos, para sobreviver. (...)’

Quando Cohen analisou os primeiros aspectos das Subculturas, canalizou sua atenção em grupos de baixa classe média e com menores perspectivas de ascensão social, com reduzida ou nenhuma escolaridade, que praticavam condutas por puro hedonismo imediato em ver o desconforto

alheio, nos moldes das características apresentadas no início do presente trabalho.

Acontece que no Brasil a desigualdade aumenta sem cessar e o sentimento de exclusão vem se fortalecendo, a sensação de que nunca serão integrados ao ponto de atingir os objetivos e valores sociais por meios legítimos de ascensão social, o que fortifica a proliferação de subculturas cada vez mais violentas e organizadas, como é o caso das facções criminosas que tomam conta de quase todos os presídios do país através da guerra contra o Estado e contra as outras facções. Na medida em que a exclusão passa a vestir a capa da normalidade, o *status frustration* aumenta e responde com mais criminalidade. Esse é um alerta que se refere ao rumo que o Brasil está tomando, prevalecendo a verdade histórica que se repete há tempos, a verdade que os excluídos jamais conseguirão ser inclusos.

CONCLUSÃO

Ante toda argumentação apresentada, ficou devidamente constatado que as Subculturas representam uma forma de reação das minorias excluídas. Em uma sociedade competitiva sob a ótica da ética do sucesso que vigora nessa modalidade de estrutura social, os sentimentos de humilhação, fracasso e impotência geram nos excluídos sensações de inferiorização e inaptidão para alcance do padrão imposto pela cultura dominante. Essa gama de sentimentos eclode na fase pré-adulta, principalmente na adolescência quando a identidade do jovem está se formando e traçando as características determinantes de sua personalidade.

Os fatores de desigualdade social nos levam ao debate acerca da segregação sócio-espacial presente em todas as civilizações do mundo, desde as mais antigas até as mais recentes. Diversos fatos históricos da humanidade certificam a segregação entre grupos numa relação de dominação, com fundamento em situações de diferenças culturais salientando o preconceito entre os seres humanos e na violência decorrente destas relações. Entendemos que a pior das violências, a mais prejudicial, é aquela que deriva da exclusão e do preconceito, pois não fere apenas o físico, mas a liberdade e a esperança.

No cenário brasileiro pudemos verificar que as primeiras impressões relevantes das Subculturas delinquentes aconteceram no período do regime militar como formas de contestação política e social. Muitas dessas formações de Subculturas foram influenciadas por grupos estrangeiros, sendo uma versão “à brasileira” de diversas culturas do mundo, especialmente americana e europeia, que demonstra que estamos diante de um tema de relevância e de âmbito internacional.

No entanto, a Teoria da Subcultura Delincente sofre algumas críticas a respeito da sua incapacidade de explicar a criminalidade como um todo, se restringindo a delinquência juvenil. De

fato os julgamentos críticos possuem extremada relevância, pois são plenamente válidos quanto à questão de sua abrangência funcional e sua insuficiência para justificar os crimes que são cometidos à margem das Subculturas, não conseguem, por exemplo, explicar os comportamentos regulares, isto é, não desviantes que acontecem naqueles espaços urbanos que vivem as subculturas. Em suma, essa teoria se delimita a uma específica modalidade de delinquência, portanto o combate a esse tipo de criminalidade (em especial a juvenil) deve se atentar a suas peculiaridades e possuir a devida cautela no processo de enfrentamento que não deve ser pelos mecanismos tradicionais, isto porque os meios mais eficazes de confronto são através de processos de inclusão social, inserindo os jovens no mercado de trabalho, educação e dando-lhes a orientação necessária que cada um precisa.

Por fim, concluímos que para solucionarmos o problema da delinquência no plano subcultural, principalmente no Brasil, é necessário o combate as desigualdade e aos artifícios de exclusão social, buscar implementar procedimentos aptos a incluir, em especial, os jovens e todos aqueles que foram marginalizados pela sociedade, para que voltem a ter esperança em alcançar seus objetivos e um padrão de vida digno através de caminhos legítimos de ascensão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Celso. **Cabeça de porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

BURGESS, Ernest W. **O crescimento da cidade: introdução a um projeto de pesquisa. Estudos de ecologia humana**. Trad. Olga Dória. São Paulo: Livraria Martins, 1948.

CASTEL, Robert. **As armadilhas da exclusão**. Tradução de Cleisa Moreno Maffei Rosa e de Mariangela Belfiore Wanderley. In : WANDERLEY, Mariangela Belfiore [et al] (org.) **Desigualdade e questão social**. São Paulo: EDUC, 2010.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CODINO, Rodrigo; CASTRO, Lola Aniyar de. **Manual de Criminologia Sociopolítica**. Buenos Aires, 1º ed. Editora Ediar, 2013.

COHEN, Albert K. **Delinquent Boys. The Culture of the Gang**. New York, The Free Press, 1955.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FREUD, Sigmund. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**: Volume XVIII. Rio de Janeiro. Editora Imago Editora Ltda, 1976.

JÚNIOR, Alvelino Alves Barbosa. **Criminologia**. Porto Alegre, 1º ed. Editora Síntese, 2000.

JÚNIOR, José César Naves de Lima. **Manual de Criminologia**. Bahia. Editora JusPODIVM, 2º ed. 2015.

KLEIN, M.W. **Watch out for the last variable. The causes of crime.** New biological approaches (S.A Mednick et al. eds) Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

PARK, Robert Ezra. **A cidade: sugestões para a investigação do comportamento humano.** O fenômeno humano. Trad. de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

PRADO, Luiz Regis; MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Curso de Criminologia.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 3º ed, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2º ed. 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

WANDERLEY, Mariangela Belfiore. **Refletindo sobre a noção de exclusão.** In: SAWAIA, Bader (org.) As artimanhas da exclusão. Análise psicossocial e ética da desigualdade social. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

ALIENAÇÃO PARENTAL NA GUARDA COMPARTILHADA

André Luiz Pinedo DIAS¹
Lavínya Beatriz Barros MARTINELLI²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a ocorrência do fenômeno da alienação parental, evento tão recorrente no cotidiano de casais que se separam, porém raramente discutido. Para tanto, este trabalho examinará a manifestação deste tipo de alienação, mais especificamente dentro da guarda compartilhada, os efeitos previstos em lei para a solução do problema, bem como análises jurisprudenciais diante do caso concreto. Dessa forma, para este estudo foi utilizado o método dedutivo, no qual se partiu de premissas amplas a respeito do tema alienação parental e importantes definições para um melhor entendimento do assunto, até o alcance de premissas menores, analisando, como foco central, se a guarda compartilhada é ou não solução para os casos de alienação parental.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação parental. Guarda compartilhada.

ABSTRACT

This article has as purpose to analyze the occurrence of the parenting alienation phenomenon, a very recurrent issue in the routine of divorced couples, but rarely discussed. For this purpose, this research will look into the manifestation of this type of alienation, more specifically within the shared custody, the effects foreseen in law to solve this problem, and jurisprudential analyses regarding the concrete case. In this way, for this study was used the deductive method, in which it started from ample assumptions about the theme parenting alienation and important definitions for a better understanding of the subject, up to the reach of small premise, analyzing as main focus, if the shared custody is or isn't the solution to the parenting alienation cases.

KEY WORDS: Parenting alienation. Shared custody.

1 INTRODUÇÃO

Dentro do contexto das separações conjugais, sejam elas litigiosas ou não, faz-se necessário analisar um processo que se desenvolve em praticamente todos estes casos. Ele envolve manipulação, chantagens e mentiras, trazendo consigo consequências negativas a todos os envolvidos. Trata-se, pois, da alienação parental, que configura-se como uma grave violência psicológica e moral.

Embora a descrição de seus sintomas e sua definição legal sejam recentes, tendo como marco de investigação os estudos de Richard Gardner, este processo de alienação esteve sempre presente ao longo da história da humanidade, passando a ter maior visibilidade a partir do estabelecimento legal das guardas sobre os menores e de um relacionamento cada vez mais próximo entre pais e filhos.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

² Discente do 1º ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

E é justamente sobre essa relação cada vez mais próxima, ou seja, de um afeto maior, que se faz sentir com grande intensidade os efeitos da alienação parental, tendo em vista que alienado sente falta da companhia de seus filhos e os mesmos sofrem com tudo que acontece.

Assim, caracteriza-se a alienação parental como um processo que ocorre em toda situação em que um detentor da guarda do menor – seja ela unilateral- compartilhada ou até mesmo pertencente a um terceiro familiar guardião – faz uma imagem negativa da outra parte para a criança ou para o adolescente, desenvolvendo um processo de absoluto domínio parental e emocional do menor, obstaculizando ou rompendo de forma definitiva os laços de afeto e contato entre este e o seu outro genitor ou guardião.

Destarte, mediante consequências tão graves, principalmente para as crianças e adolescentes, pensaram-se estratégias para evitar e impedir que a alienação parental ocorresse. Uma das medidas seria a adoção da guarda compartilhada, no entanto, é possível observar que sua adoção não significou o fim por completo deste processo, que acabou se adaptando a essa nova situação.

Constitui, portanto, as relações de alienação parental dentro da guarda compartilhada nosso objeto de estudo, sendo fundamental abordar sobre os efeitos da alienação e seu desenvolvimento para entender suas implicações em uma guarda compartilhada.

2 ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é definida pela legislação brasileira, de acordo com a lei 12.318/2010, artigo 2º, como:

A interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Deste modo, o genitor alienador pode atuar, em se tratando de guarda unilateral, de modo a deixar o genitor alienado completamente desinformado a respeito da vida da criança. Segundo Cuenca³:

Esta interferência se estende a várias áreas – não informar o outro pai sobre atividades relevantes na evolução do desenvolvimento das crianças, como em atividades da escola, atividades culturais, eventos esportivos dos quais eles participam – tanto quanto assuntos de grande importância e relevância emocional – interceptar correspondências e outros itens enviados pelo pai e sua família próxima em ocasiões como aniversários, comunhões, etc.

Outras vezes, caso possível também na guarda compartilhada, o processo de alienação ocorre de maneira diferente, utilizando-se o genitor de artifícios para convencer a criança de seus

³ CUENCA, José M. A. Síndrome de Alienação Parental: O uso de crianças no processo de separação: Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94012-josemanuel.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

argumentos. Essas estratégias, na maioria das vezes, dizem respeito à associação, promovida pelo alienador, do cuidado e proteção dada aos filhos pelo genitor alienado, à noção de exagero e obrigações maçantes. Cuenca, ao testemunhar uma frase dita por uma criança de apenas seis anos, evidencia esse fato: “Tenho sempre que comer o que ele me dá, mesmo que não goste; não respeita a minha liberdade, nem meus gostos”.⁴

Assim, no período em que a criança está sob os cuidados do genitor alienado, e este é organizado e impõe horários para o filho(a) – para estudar ou para voltar para casa, por exemplo – ou então estipula hábitos para que o menor tenha uma alimentação saudável, este(a) se sentirá incomodado(a). Com tudo isso, não é incomum notar que o indivíduo alienador, para “conquistar” a aprovação do filho, bem como para fazer valer seus argumentos contra o genitor alienado, tenha atitudes irresponsáveis – opostas às do outro – que acabam por mimar a criança. Esse contraste de atitudes, somado à alienação, fará com que esta criança ou adolescente reprove a conduta do alienado.

Ainda em relação aos hábitos do alienador, cabe ressaltar que este se vale de ardis como ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge ou guardião, alegar que este não tem disponibilidade para eles, impedir a visitação, não obedecer aos horários estipulados judicialmente, e, uma das piores atitudes, realizar falsas denúncias de abuso físico, emocional e até mesmo sexual.

Além do já exposto, cabe dizer que o alienador ainda promove uma campanha difamatória contra o alienado, contando mentiras em relação ao outro genitor para os menores; distorce as decisões que são formas de carinho, proteção e educação, transformando-as em ações negativas para que o filho venha a repudiar o cônjuge alienado, enfim, o alienador promove uma manipulação mental da criança por meio de um verdadeiro abuso psicológico.

Então, oportuna se faz a definição de Dias⁵, que conceitua a alienação parental como:

Nada mais que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador.

Pode-se, conforme exposto, observar que as atitudes do cônjuge alienador ferem os princípios e os direitos dos menores que estão definidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como o estabelecido pelo seu artigo 15, que assegura ao menor direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em desenvolvimento.

Entende-se como uma afronta a liberdade por negar à criança ou adolescente a possibilidade de estabelecer uma plena participação na vida familiar do alienado, prejudicando o

⁴ CUENCA, José M. A. **Síndrome de Alienação Parental**: Filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro. Portugal: Caleidoscópio, 2008. p. 39.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 463

desenvolvimento de relações de afeto com o outro genitor e seu grupo familiar.

No tocante ao respeito, o artigo 17 do ECA o define como a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral. No entanto, o que se observa na alienação parental é que o terror psicológico promovido pelo alienador compromete o desenvolvimento sadio e equilibrado das faculdades psicológicas e morais da criança ou do adolescente, que passa a nutrir sentimentos contraditórios e falsos dentro de si.

Quanto à dignidade, compreende-se que as crianças e adolescentes gozam de todos os seus direitos inerentes, sendo dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, como aponta o artigo 3 do ECA, assegurar estes direitos. Logo, a situação ganha enorme complexidade quando uma parte da família, no caso o alienador, não promove aquilo que foi garantido aos menores. Estes possuem afeto e confiança no alienante, não conseguem enxergar o que de fato acontece, porque não imaginam que a pessoa que tanto gostam possa ser capaz de causar tanta aflição e sofrimento.

Infere-se, portanto, que a alienação parental fere o direito à integridade psíquica que é copiosamente defendida pelo ordenamento jurídico brasileiro, e, como ressalta Bittar, “são vedadas pelo ordenamento jurídico todas as práticas tendentes ao aprisionamento da mente ou a intimidação pelo medo ou pela dor, enfim, obnubiladoras do discernimento psíquico.”⁶

Por conseguinte, aquilo que se observa é que a alienação parental pode levar a menor a desenvolver a Síndrome da Alienação Parental, de forma que este passa a contribuir com a alienação sem que perceba.

3 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A síndrome de alienação parental refere-se aos sintomas que são decorrentes da prática da alienação parental. Nesta fase, o foco são os efeitos aflorados no menor, que foi vítima do processo da alienação por parte de um dos genitores. Esses efeitos são extremamente negativos para o desenvolvimento da criança, principalmente no âmbito psíquico.

Assim, de acordo com Gardner,

A síndrome de alienação parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha difamatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.116-117.

criança não é aplicável.⁷

Cabe lembrar que mesmo quando o menor torna-se alienado a ponto de se afastar do outro genitor ou difamá-lo, agora de maneira espontânea e injustificável, ele ainda é a maior vítima da situação, porque sofreu uma interferência em seu desenvolvimento psíquico que lhe causou uma visão contraditória da relação entre aqueles que são responsáveis pela sua guarda e criou imagens distorcidas sobre seus guardiões.

No entanto, faz-se necessário realizar uma ressalva, pois, apesar de o foco dos efeitos desta síndrome ser a prole, o genitor alienado também é uma vítima, visto que não é uma tarefa fácil para um pai ou uma mãe perceber o afastamento, e até mesmo aversão, advindos de seus filhos.

Por conta de todo esse problema, os menores são quem mais sofrem, não necessariamente pela separação dos pais, mas sim pela perda do vínculo com um deles, perda essa ocasionada pelo indivíduo alienante, que se utilizou da criança como mero objeto de vingança. Essa situação conseqüentemente desencadeia problemas no desenvolvimento do menor.

Sobre o assunto, Podevyn afirma que:

Para sobreviver, esses filhos aprendem a manipular, tornam-se prematuramente espertos para decifrar o ambiente emocional, aprendem a falar apenas uma parte da verdade e a exprimir falsas emoções, se tornam crianças que não têm tempo para se ocupar com as preocupações próprias para a idade, cuja infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental.⁸

Como consequência, o menor poderá desenvolver problemas como instabilidade emocional, personalidade antissocial, agressividade, visão dicotômica da vida, sentimento de insegurança e de vazio, medo, tiques nervosos e dificuldade de aprendizagem. Há também o sentimento de culpa, por ter sido um participante –mesmo que passivo- nesse processo de distanciamento de um dos pais.

3.1 AS TRÊS FASES DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Os autores Madaleno e Madaleno, em concomitância com especialistas da área, observaram a existência de três estágios da progressão da Síndrome da Alienação Parental⁹.

O primeiro estágio é caracterizado como leve ou ligeiro. Nesta fase o menor ainda se mostra afetivo com o progenitor alienado, mas começa a se sentir confuso por conta das ações do alienador, como observado pelos autores:

A campanha de difamações já existe- o genitor guardião escolhe um tema ou um motivo

⁷ GARDNER, Richard. **Recent trends in divorce and custody litigation**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>, acesso em: 13 jul.2018

⁸ PODEVYN, François. **Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>, acesso em:23 jun. 2018.

⁹ MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 p.46.

que o menor começa a assimilar- mas, com pouca frequência, a criança demonstra sentimento de culpa e um mal-estar em relação ao alienante por ser afetuoso ao outro.¹⁰

Aqui, observa-se que o menor ainda apoia e defende o genitor alienado, desde que o alienador esteja ausente.

Observa-se, também, que os vínculos emocionais com ambos os pais ainda são fortes e os atos processuais que poderiam ser utilizados para contribuir com a difamação não são recorrentes nesta fase, reconhecendo os pais que o conflito de certa forma atinge os filhos, e os atos pontuais de difamação são encarados como algo natural.

O segundo estágio é denominado médio ou moderado, e nesta fase a difamação é intensificada. Apesar de o contato entre a criança e o genitor alienado ser obstaculizado, ele ainda ocorre com certa frequência, mas sempre marcado por conflitos na entrega do menor antes ou após as visitas.

Neste segundo estágio, de acordo com os autores, “aparecem os primeiros sinais de que um genitor é bom e o outro é mau, o menor tem pensamento dependente, defendendo com entusiasmo o progenitor alienante, porém, por vezes pode ainda apoiar o genitor alienado.”¹¹ Assim, diante das situações, o outro genitor fica frustrado pelo fato da criança dar mostras de se inclinar para o guardião alienante.

Na fase em questão, entram em cena também questões processuais movidas pelo alienador, na tentativa de prejudicar o outro guardião. Além disso, observa-se que o vínculo afetivo entre o menor e o genitor alienado começa a se deteriorar, atingindo não apenas este, mas tudo que a ele esteja ligado, como por exemplo, sua família. A persistência desse estágio leva diretamente à terceira fase da síndrome.

A situação na terceira fase é considerada a mais drástica, sendo denominada como estágio grave. Neste estágio, as visitas são muito difíceis ou não ocorrem, tendo em vista que o menor encontra-se totalmente perturbado, caso haja visitas, elas são marcadas por ódio, difamações, provocações ou, ao contrário, a criança emudece, fica como entorpecida ou até mesmo tenta fugir.

Atingido este ponto de ódio, qualquer simples conversa que ocorra entre o menor e o alienado poderá ser perigosa, pois tudo que este disser e não agradar o menor será usado contra ele.

Nota-se que o vínculo é completamente comprometido entre o genitor alienado e o menor. Agora a criança torna-se independente, pois a síndrome atingiu seu nível mais elevado, e ela é capaz de, sem qualquer orientação do alienador, realizar sua própria campanha de hostilidades para o outro genitor, que passa a ser visto como uma ameaça.

¹⁰ Ibid, p.46.

¹¹ MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental**: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 p.47.

Por consequência disto, o menor encontra-se em um estado paranóico, demonstrando ódio extremo e injustificado pelo alienado, projetando, então, o comportamento e o sentimento do próprio alienador¹².

Demonstrado os efeitos da alienação parental e da SAP, faz-se necessário analisar a ocorrência da alienação na guarda compartilhada, assim como fatores que acabam auxiliando a sua realização e que precisam ser repensados para facilitar o combate a esta prática e promover, de forma eficaz, o bem para os menores.

4 GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL

Até antes do advento da Lei da Guarda Compartilhada, Lei n. 11.698, de 2008, vigorava somente a guarda unilateral, sendo esta modalidade de guarda definida de acordo com o artigo 1.583, §1.º, do Código Civil, como “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. Aqui, embora a custódia do menor seja fixada apenas a uma parte, o §5.º do referido artigo do Código Civil obriga o genitor que não possui a guarda a supervisionar os interesses do menor, sendo, para este fim, qualquer genitor parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, subjetivas ou objetivas, em situações ou assuntos que de forma direta ou indireta atinjam a saúde física ou psicológica e a educação dos menores.

O estabelecimento dessa guarda, antigamente, era vista como “uma sanção, a punir o cônjuge que dera causa à separação, ficando a guarda conferida ao consorte inocente”¹³, e, como aponta Venosa¹⁴, costumeiramente era atribuída à mãe a guarda da criança, sendo dela retirada a guarda apenas em casos muito extremos.

Assim, era comum que, diante dos processos litigiosos de separação, o genitor que possuísse a guarda do menor e estivesse descontente com a separação compensasse a perda do parceiro impedindo-o de conviver com os filhos.

Desta forma, a guarda unilateral criava o espaço ideal para a alienação parental, pois, “com a dissolução da união, os filhos ficam fragilizados, com sentimento de orfandade psicológica. Este é um terreno fértil para plantar a ideia de abandono pelo genitor. Acaba o genitor convencendo o filho de que o outro genitor não lhe ama”¹⁵. Então, valendo-se da guarda do menor e do maior tempo em contato com este, o cônjuge alienador lança mentiras sobre o cônjuge alienado e realiza chantagens emocionais com a criança que, desenvolvendo a síndrome de alienação parental, passa a repudiar o

¹² Ibid, p.46-47.

¹³ MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental**: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014p.33.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: um crime sem punição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2 ed., p.15, ago.2010

genitor que não detém sua guarda.

No entanto, com a instituição da guarda compartilhada pela Lei 11.698/2008, vislumbrou-se um meio para que ocorresse a similitude de deveres e direitos em relação à guarda dos filhos, possibilitando o estabelecimento do tempo de convívio com os filhos de forma equilibrada, observando sempre as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Desse modo, o estabelecimento da guarda compartilhada descentralizou aquele poder de custódia do menor que se encontrava em posse de apenas um genitor. Entretanto, isso não significou o fim da prática da alienação parental, que se adaptou a esta nova situação. As abordagens do alienador, em geral, continuam as mesmas, mas, como não há a possibilidade de evitar o contato entre a criança e o outro genitor, a não ser violando uma ordem judicial, ocorre uma ênfase na manipulação dos sentimentos do menor, valendo-se de chantagens para obter a preferência dos filhos.

Logo, embora seja de significativa importância a guarda compartilhada, que trouxe relevantes contribuições, como o estabelecimento de uma forma de convivência familiar equilibrada para ambas as partes, além da possibilidade de que a prática do poder familiar seja realizada de forma conjunta entre os genitores, ela não foi a solução definitiva para a alienação parental, sendo necessário direcionar as pesquisas e os estudos para encontrar maneiras cada vez mais eficientes de identificar e de inibir o desenvolvimento desta prática, tendo em vista que o principal bem a ser defendido é a integridade psíquica e moral da criança e do adolescente.

4.1 Medidas Jurídicas Sobre A Alienação Parental E Sua Aplicação No Caso Concreto

A alienação parental, por ser uma grave interferência psíquico-emocional no desenvolvimento da criança ou adolescente, produz efeitos que contrariam os mandos constitucionais que estabelecem para os menores os seus direitos.

Como se observa no caput do artigo 227, da Constituição Federal de 1988, é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente, entre outras coisas, o direito à vida, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, assim como colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No entanto, o que se observa nas condutas do alienador é que elas passam longe no tocante a promoção dos direitos estabelecidos para os menores, configurando-se, como observa Trindade¹⁶, em um maltrato e um abuso infantil “que se reveste de características pouco convencionais do ponto

¹⁶ TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. **Revista dos Tribunais LTDM. E Instituto Brasileiro de Direito de Família**, São Paulo, 2 ed., p.25, ago.2010.

de vista de como o senso comum está acostumado a identificá-lo, e por isso mesmo, muito grave, porque mais difícil de ser constatado”.

Assim, quando um dos genitores ou outro responsável pelo menor ocupa os filhos no horário destinado a ficar com o outro, ou alega que estes estão doentes, sem realmente estarem, aqueles dificultam o estabelecimento da plena convivência familiar dos menores com a outra parte, sendo esta convivência tão fundamental para a formação psicológica e emocional dos filhos diante de uma situação tão complicada como uma separação. A respeito dessa situação, Madaleno e Madaleno¹⁷ explicam que:

[...] para dispor do maior tempo possível com os filhos, o genitor alienante passa a obstaculizar as visitas, muitas vezes de maneira inocente, como se estivesse protegendo o menor, com evasivas dizendo que a criança está doente, não podendo, então, sair de casa ou então arranjar visitas inesperadas de parentes ou amigos e aniversários de colegas.

Deste modo, vale lembrar que o contato com o outro guardião ou responsável é muito importante para que a criança não venha a desenvolver sentimentos de abandono, rejeição, indiferença, medo, culpa ou ódio em relação a estes.

Ressalta-se, também, que outros quesitos do texto constitucional são infringidos por meio de um terror psicológico empregado pelo genitor alienante para obter o domínio sobre o menor. Em relação a isto, os autores previamente citados alegam que “com argumentos mais fortes, o alienante faz chantagem emocional com a criança, dizendo, por exemplo, que ficará muito triste e sozinho se o menor encontrar o outro genitor, que tal atitude seria uma traição”, ainda há casos em que o alienador ameaça cometer suicídio caso a criança se relacione com seu outro genitor.

Inferre-se, portanto, que essa chantagem emocional submete a criança ou o adolescente a um estado de crueldade e opressão, onde o medo de perder um dos genitores o leva a romper o contato com o outro, e, ao mesmo tempo, esse rompimento gera um sentimento de culpa em relação ao alienado dentro de si, causando insegurança e um grave conflito em sua mente e em seus sentimentos que o impede de desenvolver suas faculdades emocionais de forma equilibrada. Constitui-se isso, então, como grave violência ao menor que, indefeso e carente da atenção de seus genitores, se perde em meio às táticas do alienador, que negligencia o sentimento do menor, superestimando, assim, sua vontade em detrimento da saúde psicológica da criança.

Assim, por constituir a alienação parental uma forma de violência, tratando-se de opressão e intimidação moral contra o menor, pode o genitor alienador, quando comprovada a alienação, receber desde uma advertência ou uma multa, como indicam, respectivamente, os incisos I e III, do artigo 6º da Lei 12.318/10, ou ser submetido à diminuição de convivência familiar, que será ampliada em favor do genitor alienado, como aponta o inciso II, do artigo 6º da Lei. É previsto

¹⁷ MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 p.45.

também, na lei e artigo citados anteriormente, em seus incisos VI e no parágrafo único, respectivamente, a determinação de fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente bem como a possibilidade de retirar o menor da residência do genitor que executar mudança abusiva de endereço. O tratamento psicológico, estabelecido pelo inciso IV, visa auxiliar no fim do conflito familiar.

Em casos mais extremos, é prevista a reversão da guarda, de acordo com o inciso V, ou declaração de suspensão da autoridade parental, como demonstra o inciso VII, do artigo e lei previamente citados. Cabe lembrar que a penalidade a ser imposta sobre o genitor alienador dependerá do grau de alienação praticada por este e será estipulada por juiz competente.

Como observam Madaleno e Madaleno, “qualquer uma das medidas sugeridas pelos incisos I a IV do artigo 6º da Lei 12.318/10 não impedem e autorizam a ação autônoma de indenização por perdas e danos, ou da concomitante por responsabilidade criminal”¹⁸. Assim sendo, é admitida pelo ordenamento brasileiro as indenizações no âmbito material, devido às despesas com advogados e questões processuais para ter contato com o menor alienado, e no âmbito moral, devido ao sofrimento e frustrações psíquicas causadas ao genitor alienado. Em relação ao âmbito criminal, o indivíduo alienador pode responder pelos crimes de calúnia, quando se utiliza de falsas informações, ou quando, em casos mais graves, calunia o genitor alienado de autoria de violência sexual. Há a possibilidade também de identificação de crime de abandono de incapaz-inexistência de cuidado e de proteção pelo genitor.

Com essas medidas reparatórias a criança terá condições de resgatar seu desenvolvimento sadio, bem como retomar, aos poucos, com ajuda de acompanhamento psicológico o convívio harmonioso com o genitor alienado.

Contudo, é importante observar que há certa lentidão em todo o processo, desde a identificação da alienação parental, até a aplicação das devidas medidas jurídicas ao caso. O §3º, do artigo 5º da Lei 12.318/2010 define o prazo de noventa dias para que o laudo da perícia ou da equipe multidisciplinar que confirme a ocorrência da alienação parental seja apresentado. Este tempo, dependendo do estágio em que estiver a Síndrome de Alienação Parental, pode se traduzir em benefícios para o alienador, sendo necessário reduzir este prazo para que de forma eficiente se possa inibir a alienação, porque quanto mais cedo for comprovado este processo de alienação melhor serão as condições de atuar na defesa da criança, tendo em vista que os danos em suas faculdades psicológicas ainda não são graves e nem estão estabelecidos de forma absoluta.

Quando se observa a jurisprudência acerca do tema é possível perceber a dificuldade de aquisição de provas concretas para instrumentalizar a ação, o que muitas vezes acarreta em uma

¹⁸ MADALENO, Ana; MADALENO, Rolf, op. cit. p. 117.

sanção de gravidade leve, como demonstra a Apelação 20140310277634:

FAMÍLIA. MODIFICAÇÃO DE VISITAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1 A alienação parental, quando configurada, deve ser tratada com rigor pelo Judiciário. No entanto, como de sua declaração decorre a imposição de sanção, a medida a ser adotada deve estar pautada em elementos seguros e irrefutáveis de prova. 2 - Não configurados os elementos que ensejariam a declaração de alienação parental, impõe-se reformar a sentença, em parte, para afastar as sanções impostas, e modificar o regime de visitas, ampliando-o em favor do melhor convívio da criança com o pai. 3 Deu-se provimento ao recurso.¹⁹

Mais um caso, no qual nota-se a dificuldade de obtenção de provas que confirmem a alienação parental, é explícito no Acórdão 1104336-4, sendo que nesta decisão, foi mantida a guarda provisória à possível genitora alienadora:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C VERIFICAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E PEDIDO LIMINAR DE GUARDA - MODIFICAÇÃO DE GUARDA - GUARDA PROVISÓRIA CONCEDIDA À GENITORA - DECISÃO TOMADA CONSIDERANDO-SE O RELATO DO CONSELHO TUTELAR - AUSÊNCIA DE PROVA DE CONDUTA DESABONADORA DA GENITORA. Atentando-se ao princípio do melhor interesse da criança deve ser mantida a guarda provisória dos menores concedida à genitora, uma vez que inexistente comprovação de que não estejam sendo atendidos os deveres impostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam, assistência moral, material e educacional. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.²⁰

Por último, destaca-se a Apelação n. 70059431171, na qual a alienação parental não foi exercida por um dos genitores, mas sim por outro membro da família, no caso a avó, situação que já foi abordada no presente artigo. Desse modo, para preservar a saúde e integridade das crianças, estas ficarão sob a guarda da mãe, enquanto que a avó – alienadora – teve seu direito de visitas restringido, e condicionada a tratamento psicológico:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE GUARDA. DISPUTA ENTRE A GENITORA E A AVÓ PATERNA DAS MENORES. PREVALÊNCIA DOS PRECÍPUOS INTERESSES DAS INFANTES. PRECEDENTES. SENTENÇA CONFIRMADA. As crianças necessitam de um referencial seguro para viverem e se desenvolverem, e o bem-estar delas deve se sobrepor como um valor maior a qualquer interesse outro. A julgar pelos elementos constantes nos autos, especialmente os posteriores estudo social e laudo psicológico, a genitora apresenta plenas condições de exercer o poder familiar e, especificamente, a guarda das meninas, medida recomendada para a preservação da integridade emocional das infantes, as quais, enquanto permaneceram sob a guarda da avó, apresentaram fortes indícios de desenvolvimento da chamada síndrome da alienação parental. Não se verificam razões plausíveis para que seja operada reforma na sentença, cuja solução é a que melhor atende ao interesse das infantes, preservando-lhes a segurança e o bem-estar físico e emocional, inclusive no que se refere à restrição do exercício do direito de visitas pela avó, condicionada à submissão a tratamento psicológico. APELO DESPROVIDO.²¹

5. MEDIDAS PARA AUXILIAR O COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

¹⁹ TJ-DF, 2ª turma cível, Apelação 20140310277634, Relatora desembargadora Leila Arlanch. Data de Julgamento: 02/03/2016. Data de Publicação: 11/03/2016.

²⁰ TJ-PR, 12ª Câmara Cível, Acórdão 1104336-4. Relatora desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, Data de Julgamento: 12/03/2014,

²¹ TJ/RS, 7ª câmara cível, Apelação n. 70059431171, Relatora desembargadora Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 26/11/2014, publicado em 02/12/2014.

Para auxiliar a prevenção da alienação parental é fundamental que haja uma completa e eficiente avaliação psicológica de todos os envolvidos, a fim de detectar a veracidade dos fatos relatados e assim aplicar as devidas sanções previstas em lei. Porém, em relação ao menor, para manter sua integridade psíquica e emocional, as penalidades previstas na lei 12.318/10 não são suficientes, pois a criança, muitas vezes, sentirá a falta da convivência com o indivíduo alienador.

Por esse motivo, uma possível solução para o problema seria manter a punição, para o genitor alienador, prevista na legislação, por um tempo determinado, até que seja feita uma avaliação com o indivíduo, a fim de verificar se este possui agora condições de retomar o contato com o infante. Se o genitor estiver apto, então retomar a convivência com o menor, mediante fiscalização de seus atos e sob pena de perder o convívio com o filho(a) caso pratique novamente a alienação. Se não estiver apto, continuará cumprindo a punição, e ficará submetido a tratamento psicológico até que possa retomar a convivência com a criança ou adolescente, sob as diretrizes do procedimento explicado anteriormente.

Outra medida a ser tomada é a revisão do prazo para que seja apresentado o laudo da perícia ou da equipe multidisciplinar. Não se pode admitir, nestas situações, que, além da morosidade habitual de um processo, o laudo que venha a comprovar a alienação leve até noventa dias para ser apresentado, é necessário rever a questão com mais urgência porque, cada dia a mais que a alienação parental passai impune, maiores serão as consequências psicológicas para os menores. Por esta razão, a redução do prazo de apresentação do laudo irá cobrar das autoridades judiciais uma resposta mais rápida para estes casos, e, quanto antes for detectada a alienação parental, maiores serão as chances de reverter os sintomas da SAP nos menores.

6. CONCLUSÃO

Dado o exposto no Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, os menores gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que possuem a finalidade de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Visto isso, é notório que a prática da alienação parental caminha no sentido oposto ao direito da liberdade, integridade e dignidade do infante, produzindo neste, a síndrome da alienação parental, criando também uma barreira para uma convivência familiar saudável.

A guarda compartilhada, que fora pensada também com o propósito de combater este problema, mesmo com todas as suas inovações ao tratar da matéria sobre guarda dos menores, não representou o fim da alienação parental, mas trouxe possibilidades de se reduzir ainda mais os casos de alienação parental e suas consequências.

Assim, diante de um fenômeno de difícil comprovação e solução como a alienação

parental, são necessárias novas formas de tratar esses casos –como, por exemplo, as medidas propostas neste trabalho- que proporcionem não apenas medidas reparatórias do problema, mas sim preventivas, e que tenham como foco o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- CUENCA, José M. A. Síndrome de Alienação Parental: O uso de crianças no processo de separação: Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94012-josemanuel.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2018.
- CUENCA, José M. A. **Síndrome de Alienação Parental**: Filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro. Portugal: Caleidoscópio, 2008. P. 39.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 463
- DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: um crime sem punição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2 ed.ago.2010.
- GARDNER, Richard. **Recent trends in divorce and custody litigation**. Disponível em:<<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>, acesso em: 13 jul.2018
- MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental**: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014
- PODEVYN, François.**Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>, acesso em:23 jun. 2018.
- TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2 ed.,ago.2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

A NATUREZA JURÍDICA DO DESCUMPRIMENTO EM UM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DA TEORIA GERAL DO PROCESSO: ÔNUS *VERSUS* DEVER

Guilherme Martins Barbatto PIVA¹
Guilherme Prado Bohac de HARO²

RESUMO

Busca-se, através deste trabalho, tecer uma análise crítica sobre a utilização do acordo de colaboração premiada como relevante meio de prova trazido ao Direito Processual Penal brasileiro, principalmente na luta contra a impunidade do crime organizado. Notoriamente, apesar de anteriormente previsto, de diferentes formas, em diversos diplomas normativos pátrios, o acordo de colaboração premiada tomou forma, especificamente regulamentado, com o advento da Lei do Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013). Ademais, referido instituto ganhou extrema relevância e notoriedade após a deflagração da “Operação Lava Jato”, sendo pilar central do desenvolvimento dos processos criminais dela decorrentes. A partir de então, muito fora discutido sobre o tema em questão, elucidando-se diversos posicionamentos, favoráveis e contrários à utilização dos acordos de colaboração premiada como forma de “barganha criminal” para efetividade da persecução penal. A natureza jurídica do instituto em si fora, inclusive, objeto de debate levado ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do *Habeas Corpus* nº 127.483-PR, quando fora classificado como “negócio jurídico processual”. Ocorre que, ainda que debatido na Suprema Corte nacional, o tema ainda demanda importantes divergências a serem dirimidas. O presente trabalho buscará elucidar uma discussão com enfoque nas consequências do descumprimento de um acordo de colaboração premiada e, mais especificamente, sob a ótica da teoria geral do processo, se o acordo contraído pode ser considerado como um ônus ou como um dever às partes, explicitando os reflexos daí decorrentes, para concluir, em arremate, pela visão mais correta aos autores da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Colaboração Premiada. Teoria Geral do Processo. Natureza Jurídica. Ônus ou Dever. Lei nº 12.850/2013.

ABSTRACT

This study intends to critically analyze the use of plea bargain as a relevant way to obtain evidences brought to the brazilian criminal procedural law, mostly to fight against the organized crime. Despite predicted before, in different ways, by another legislations, the plea bargain took shape, specifically regulated, with the advent of the Law number 12.850, of augusth 2^o of 2013. Yet, this institute got much more relevant after the “Operação Lava Jato”, because it was used as the principal resource to the development of the criminal suits involving the operation. From then on, a lot was discussed about the matter, arising several placements, pros and cons, about the use of the plea bargain as a way of negotiating with criminals reaching the succes of the criminal prosecution. The legal nature of the plea bargain was already discussed at the brazilian Supreme Court, through

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Estagiário no escritório de advocacia “Bohac Advogados Associados”. pivaguilherme@live.com

² Advogado e Professor. Docente da matéria de Direito Econômico e Empresarial no curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP e Professor em Cursos Preparatórios para Concursos. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Orientador do trabalho. guilherme.pbh@hotmail.com

the Habeas Corpus number 127.483-PR, when it was qualified as “legal procedural business”. However, despite being discussed at the Supreme Court, the matter still brings lots of divergencies to be solved. This study will bring a discussion focused in the noncompliance of the plea bargain and, specifically, under the lens of the General Theory of Procedural Law, if the plea bargain can be considered as a procedural burden or as a procedural duty, exposing the consequences of each one, to conclude showing the most correct vision according to the understanding of the writers of this study.

KEY WORD: Plea Bargain. General Theory of Procedural Law. Legal Nature. Burden or Duty. Law number 12.850/2013.

1 INTRODUÇÃO

A República brasileira vivencia, atualmente, uma das maiores – senão a maior – crises institucionais de sua história, momento em que, com o auxílio da tecnologia e da facilidade no compartilhamento de todo e qualquer tipo de informação, elucidaram-se conluios políticos que elevaram os níveis de corrupção e organização criminosa anteriormente conhecidos a outro patamar, abalando os pilares da Federação e do Estado Democrático de Direito, afetando a nação sob a ótica política, econômica, social e, não menos que todas as anteriores, jurídica.

O Poder Judiciário foi arrastado ao centro de tal crise, uma vez que, com o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial, dele se espera a resolução de tantos quantos conflitos possíveis de a ele serem levados.

Em virtude deste cenário anteriormente explicitado, deflagrou-se a notória “Operação Lava Jato”, tratando-se, sinteticamente, de um conjunto de investigações pormenorizadamente realizadas pela Polícia Federal, visando a elucidação de diversos esquemas de lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva mediante pagamento de propinas, envolvendo empresas e empresários do âmbito público, privado, além de membros de todos os setores da política nacional.

Referida operação fora jurisdicionalizada, mormente, à 13ª (décima terceira) Vara Federal da Comarca de Curitiba/PR, e teve seus resultados extraídos, em sua grande maioria, através do meio de obtenção de prova proveniente dos acordos de colaboração premiada, especificamente regulamentados na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lei do Combate às Organizações Criminosas).

Apesar de melhor delineado após o advento desta Lei, o acordo de colaboração premiada, ainda que sob outra denominação ou maneira de utilização, já existia no ordenamento jurídico pátrio, em diversos diplomas legais esparsos, os quais serão analisados ao decorrer do presente trabalho.

Neste sentido, é correto dizer que, apesar de previsto legalmente desde o ano de 2013, o

meio de obtenção de prova constituído pelos acordos de colaboração premiada apenas ganharam extrema notoriedade nacional (seja no âmbito jurídico ou não) em virtude de sua volumosa utilização durante a “Operação Lava Jato”, tendo esta obtido seus primeiros resultados relevantes através dos acordos firmados pelo Ministério Público Federal com Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, ambos réus em ações penais deflagradas pela operação e, apenas a partir dos acordos com ele realizados, fora possível aumentar, consideravelmente, a amplitude da investigação, chegando esta, posteriormente, aos patamares atuais.

A partir de então, em virtude da notoriedade alcançada pelo meio de obtenção de prova objeto do presente estudo, iniciou-se no âmbito jurídico um processo de entendimento, interpretação, análise e críticas acerca do instituto objeto do presente artigo científico.

Muito se discute sobre a forma como os acordos são colocados em prática, sendo esta muitas vezes criticada por, supostamente, ser aplicada em desconformidade com a Constituição Federal, com as garantias penais e processuais penais das quais um réu é dotado e, também, com a própria legislação que a regula.

É comum, também, as discussões acerca dos limites da utilização dos acordos de colaboração premiada, por serem, supostamente, meio de “barganha criminal”.

O tema objeto do presente estudo fora, inclusive, levado à debate no Supremo Tribunal Federal, quando, durante o julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483-PR, constando, como relator, o ministro Dias Toffoli, discutiu-se sobre a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, tendo a Suprema Corte entendido que trata-se de “negócio jurídico processual”, pois seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, agregando-se, à esta cooperação, uma espécie de “sanção premial”.

Por outro lado, ainda que o tema tenha sido discutido pelo Supremo Tribunal Federal, este está longe de ser pacificado, tendo em vista que muito é debatido acerca da real natureza jurídica dos acordos ou, também, sobre as consequências de se admitir um negócio jurídico processual de tamanha relevância no âmbito do Direito Penal e Processual Penal.

Entretanto, apesar do exposto, pouco se discute acerca da natureza jurídica e das consequências do descumprimento de um acordo de colaboração premiada, surgindo, portanto, uma importante questão a ser resolvida, qual seja: sob a ótica da Teoria Geral do Processo, as cláusulas de um acordo de colaboração premiada apresentam-se como simples ônus, ou tratam-se de verdadeiros deveres, constituindo obrigações e vinculando os envolvidos ao seu integral cumprimento?

Pautado neste questionamento, o presente trabalho propõe buscar elementos e teses que possam prover subsídios para a resposta, contribuindo com ideias para que, à luz da Teoria Geral do

Processo, possa-se atingir maior clareza acerca das consequências de admitir o instituto do acordo de colaboração premiada como sendo um ônus ou um dever e, conseqüentemente, dos desdobramentos decorrentes de cada entendimento para que, ao fim, possa-se concluir pela adequada natureza jurídica do descumprimento de um acordo de colaboração premiada.

De plano, o artigo passará por uma análise sobre os aspectos gerais e relevantes sobre o acordo de colaboração premiada no Brasil e sua utilização ao longo do tempo.

Posteriormente, expor-se-á apontamentos acerca de discussões já dirimidas sobre a natureza jurídica do instituto em si, explicitando detalhadamente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Momento contínuo, o trabalho se voltará para análise dos elementos processuais penais à luz da teoria geral do processo, mais especificamente pautado nas diferenciações entre ônus e dever para, ao final, expor as possíveis consequências do descumprimento de um acordo de colaboração premiada, visando concluir sobre a natureza jurídica do descumprimento em si, se admitido como ônus ou como dever.

O método de pesquisa utilizada neste artigo será o dedutivo-indutivo, com a presença de análise doutrinária constante, explicitação de artigos e opiniões, buscando esclarecer ao leitor a resolução do importante questionamento – anteriormente exposto – em relação ao qual este estudo é pautado.

2 DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS GERAIS E RELEVANTES

O instituto da colaboração premiada ou, mais especificamente, o meio de prova trazido pelo acordo de colaboração premiada é, atualmente, regulamentado com base na Lei do Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013).

Entretanto, referido instituto já existia no ordenamento jurídico pátrio em diversas legislações esparsas, e não passou a ser matéria de estudo apenas após o advento da legislação, sendo que já era objeto de análise antes mesmo de ganhar extrema relevância com a crise institucional sofrida pelo país após a elucidação de esquemas de corrupção, que demandaram o uso do acordo de colaboração premiada como meio fulcral para êxito das investigações.

Apesar de já existir, ainda que sob outra forma ou denominação, o instituto não era especificamente regulamentado, e sua aplicação prática, nos moldes anteriores à Lei nº 12.850/2013, não propiciava segurança jurídica, bem como nem sempre atingia o resultado esperado pela sua previsão legal.

No que tange ao conceito, sob uma análise literal e jurídica, Guilherme de Souza Nucci

(2013, p. 47), aduz que:

Colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo *premiada*, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro(s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante à materialidade ou à autoria.

Infere-se, do conceito acima exposto, que o acordo de colaboração premiada trata-se de meio utilizado pelo Estado, para fins de ampliação de investigação ou da persecução penal, com a finalidade de expandir a teia da punibilidade em respeito à manutenção da ordem pública, ainda que, para isto, tenha de conceder a um indiciado/acusado um benefício legal.

Com relação à existência deste instituto, antes mesmo da vigência da Lei nº 12.850/2013, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2014, p. 34-35) assim lecionaram:

Também é conhecido do Direito positivo, eis que introduzido em nosso ordenamento jurídico por leis anteriores. De sorte que a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), em seu art. 8º, parágrafo único, previa a redução da pena para o “participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha”. Essa lei também acrescentou o § 4º, ao art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro), estendendo o mesmo benefício ao co-autor do crime.

Posteriormente, a revogada lei que tratava das organizações criminosas (Lei nº 9.034/95), no art. 6º, tornou a prever a redução da pena, desde que a espontânea colaboração do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria.

Também a lei de lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98), ampliou o leque de favores, prevendo, além da redução da pena (ou sua substituição), seu cumprimento em regime semi-aberto ou aberto e a possibilidade do perdão judicial (art. 1º, § 5º). Benefícios idênticos foram cogitados na lei de proteção das vítimas e testemunhas (Lei nº 9.807/99, arts. 13 e 14).

A lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), no art. 41, possui previsão de redução da pena àquele que, voluntariamente, contribui com a investigação e o processo criminal, do qual resultará redução, de 1/3 a 2/3, de sua pena. E, mais recentemente, a Lei nº 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, permite que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), firme acordo de leniência que “impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência” (art. 87), com a posterior extinção da punibilidade caso cumprido o acordo.

Os mesmos autores, ao analisarem a ineficácia prática do instituto da colaboração premiada antes da legislação em comento, e as mudanças trazidas pela Lei nº 12.850/2013 (2014, p. 35-36), ensinam que:

A lei em exame altera sensivelmente esse panorama, cuidando da forma e do conteúdo da colaboração premiada, prevendo regras claras para sua adoção, indicando a legitimidade para formulação do pedido, enfim, permitindo, de um lado, maior eficácia na apuração e combate à criminalidade organizada, sem que, de outra parte, se arranhem direitos e garantias asseguradas ao delator.

A colaboração premiada poderia ser definida, já com base na lei em exame, como a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei.

Nota-se, pois, que, como cediço, ainda que anteriormente previsto esparsamente em algumas legislações que versavam sobre matéria penal em nosso ordenamento jurídico, o instituto da colaboração premiada não possuía aplicabilidade efetiva, e não trazia segurança jurídica, visto

que não era pormenorizadamente regulamentado até o advento da Lei do Combate às Organizações Criminosas.

Referida legislação, demonstrando percepção às análises acerca do instituto da colaboração premiada, de sua efetividade e (in)segurança jurídica, trouxe, em seu escopo (Capítulo II, Seção I, artigos 4º a 7º), procedimento específico acerca da aplicação dos acordos de colaboração premiada, visando, notavelmente, estabelecer maior êxito em sua utilização para fins de combate ao crime organizado.

Traçadas estas noções iniciais acerca da conceituação, bem como de alguns aspectos históricos que abrangem o tema em voga, passa-se, por oportuno, à análise dos pressupostos trazidos pela Lei nº 12.850/2013, para utilização do acordo de colaboração premiada no combate ao crime organizado.

2.1 Dos Requisitos Trazidos pela Lei do Combate às Organizações Criminosas

De plano, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, trouxe, no bojo de seu artigo 4º, *caput*, incisos e parágrafos, alguns requisitos para concessão do benefício do acordo de colaboração premiada a um indiciado ou acusado.

Diante da análise do dispositivo normativo mencionado, em consonância com o disposto na doutrina que estuda o instituto em voga, elucidam-se, pois, alguns requisitos para sua concessão e utilização.

A colaboração prestada deve ser efetiva e voluntária para com a investigação e com o processo criminal em si. Referidos pressupostos são extraídos do *caput* do artigo 4º da legislação em exame e, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 51):

Quanto à voluntariedade, significa agir livre de qualquer coação física ou moral, embora não se demande espontaneidade (sinceridade ou arrependimento). O dispositivo utiliza a cumulatividade no tocante à colaboração, mencionando a investigação e o processo. É natural que exija do delator a mesma cooperação dada na fase investigatória quando transposta à fase judicial; noutros termos, tal como a confissão, de nada adianta apontar cúmplices durante o inquérito para, depois, retratar-se em juízo. A cumulação é razoável. Entretanto, se o investigado não colabora durante a investigação, mas o faz na fase processual, pode-se acolher a delação premiada, dispensando-se a cumulatividade.

Além dos pressupostos referentes à característica da colaboração em si, o mesmo artigo traz, em seus incisos (I a V), requisitos que apontam para o resultado do acordo de colaboração premiada, sendo que este só será válido “desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados”, são os que seguem:

O inciso I traz, como resultado necessário para validade do acordo de colaboração premiada, a “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por ele praticadas”. Nota-se, pois, que a legislação atribui a validade do acordo não

somente ao colaborador que simplesmente indica pessoas criminosas, trazendo como necessidade, também, a identificação dos crimes por elas praticados, mais uma vez, em evidente postura de rigor a fim de aumentar a teia punitiva em face do crime organizado.

Por sua vez, o inciso II, do artigo 4º, aponta para a “revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”. Referido dispositivo normativo é de suma importância, visto que, notoriamente, as organizações criminosas e, mais especificamente, os crimes por elas praticados, são envoltos pela teoria do domínio do fato, por meio da qual, evidenciando-se o escalonamento hierárquico da facção, aquele que comanda os atos praticados, sem efetivamente participar da conduta delitiva (autor mediato), é igualmente punido na esteira do praticante efetivo do tipo penal (autor imediato).

No que diz respeito ao inciso III, este traz, como resultado advindo do acordo de colaboração premiada, a “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”. Neste sentido, seria válido acordo de colaboração premiada pautado, por exemplo, em detalhamento das atividades da organização criminosa da qual o colaborador faz parte para que, de forma preventiva, futuros delitos sejam evitados ou, até mesmo, antevistos para fins de interceptação e bloqueio do resultado lesivo.

O próximo resultado tido como requisito para validade de um acordo de colaboração premiada, trazido pelo inciso IV, volta-se para a “recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”. Referido inciso, pautando-se na máxima da reparação do dano causado pelo crime, deve ser interpretado sob a ótica da extrema lesividade causada pelos delitos praticados por organizações criminosas. Assim sendo, para que este dispositivo normativo seja cumprido, a reparação deve ser volumosa e considerável, visto que a recuperação de produto ou proveito que não guarda relação com o grau de lesividade da conduta delitiva, portanto, não deve gerar benefício ao colaborador neste sentido.

Em arremate, o inciso V, último resultado previsto como requisito para validade de um acordo de colaboração premiada, aponta para a “localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”. Tal resultado nos remete à crimes cuja prática demanda a ocultação da vítima, sendo que, seria passível de benefício o colaborador que auxiliasse, efetivamente, seu encontro, desde que com sua integridade física ainda preservada.

Somados aos pressupostos trazidos pelo *caput*, e aos resultados trazidos pelos incisos I a V, o parágrafo primeiro do artigo 4º da legislação em exame traz, em seu bojo, último requisito de validade de um acordo de colaboração premiada, este dizendo respeito à “personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Com relação ao parágrafo primeiro, é correto entender que, em sua primeira parte, este nos remete a elementos de ordem pessoal do colaborador, aliados às circunstâncias dos delitos praticados, enquanto que, a parte final, objetivamente, reitera a efetividade, ou eficácia, da colaboração, como pressuposto essencial para sua validade.

Da exposição dos requisitos para aplicação do benefício referente ao acordo de colaboração premiada, ao colaborador, é possível vislumbrar, de maneira mais cristalina, a intenção legislativa, a finalidade do instituto, ou, em outras palavras, o anseio do Poder Legislativo.

Com efeito, o regramento estabelecido denota a barganha criminal como aliada da persecução penal, ainda que esta visão seja deveras paradoxal, visto que, claramente, os dispositivos normativos que regulam o acordo de colaboração premiada autorizam, em seus termos, a negociação do Estado junto de um criminoso, que, em tese, utiliza de subterfúgios lícitos para ponderar o quanto pode ser beneficiado desde que revele determinada situação acerca do meio delitivo em que se encontra.

Expostas estas premissas, muito foi debatido sobre o instituto do acordo de colaboração premiada em si, contudo, uma das discussões mais relevantes, e pertinentes ao presente artigo científico, se deu no âmbito do debate acerca da natureza jurídica dos acordos e, assim sendo, é o que este trabalho passa a expor em tópico seguinte.

2.2 Da Natureza Jurídica dos Acordos de Colaboração Premiada

A natureza jurídica do acordo de colaboração premiada em si, pode ser extraída da interpretação literal e teleológica de seu conceito. Demonstra-se.

O conceito do instituto, anteriormente exposto, remete à definição do acordo de colaboração premiada como meio pelo qual um indivíduo colabora com a investigação e com a ação penal, na esteira do traçado pela legislação que o regulamenta, em contrapartida da obtenção de um benefício, um “prêmio” pelas informações passadas, desde que sejam efetivas à resolução do cerne persecutório.

Da simples análise desta definição, pode-se extrair que o acordo de colaboração premiada é nítido meio de prova passível de utilização por parte do polo ativo da ação penal, qual seja, a acusação.

Com relação à esta definição restritiva da colaboração premiada como meio de prova meramente acusatório, Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro (2012, p. 104-105), analisando o instituto ainda sob a ótica das antigas legislações que versavam sobre o tema, contudo com pertinente definição, explicitam:

A delação premiada é causa de diminuição de pena que gera efeitos nocivos ao delator e sua

família, por implicar traição do corréu ao comparsa do crime, devendo ser reconhecido como benefício quando da sua efetiva colaboração resulta a apuração da verdade real. [...] A delação premiada é uma prova anômala, já que obtida com violação ao princípio do devido processo legal, não dispensando o Estado de provar a materialidade e a autoria da infração penal.

Considerar a colaboração premiada como meio de prova acusatório anômalo é fundamental para estabelecer alguns limites à sua utilização. A Lei nº 12.850/2013 não entendeu de forma diferente, quando vedou, expressamente, em seu artigo 4º, parágrafo 16, a condenação de qualquer indivíduo tomando como base unicamente as declarações do colaborador, nos seguintes termos: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Resta-se, pois, evidenciada a colaboração premiada como meio de prova a ser utilizado pela acusação.

Entretanto, não seria equivocado entender, também, o acordo de colaboração premiada como estratégia defensiva do colaborador, que pode utilizar da barganha como simples meio de defesa para abrandamento do resultado que a persecução penal certamente lhe causaria.

Logo, deve-se entender, amplamente, o acordo de colaboração premiada como sendo de natureza híbrida, ou, em denominação diversa, de natureza dúplice, de acordo com as palavras de Vladimir Aras (2015):

Classificada como meio especial de obtenção de provas, ou técnica especial de investigação, a colaboração premiada é indispensável para o enfrentamento da criminalidade grave, especialmente a de cunho mafioso. Todavia, este instituto é sobretudo uma ferramenta defensiva, um “recurso” inerente à ampla defesa, no sentido empregado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Não é raro que advogados de suspeitos ou réus tomem a iniciativa de propor ao Ministério Público acordos de colaboração premiada, para reduzir a pena de seus constituintes, diante de perspectiva de sofrerem sanções severas ao final do processo penal.

A redução ou a substituição da pena, ou o perdão judicial, ou a não propositura de ação penal (imunidade) são saídas processuais animadoras para o suspeito ou réu que se veja enredado pelas provas colhidas na investigação criminal. A perspectiva de alcançar, por legítima negociação, esses benefícios legais, não deve ser desconsiderada como instrumento útil à defesa.

Estabelecer a real natureza jurídica do instituto da colaboração premiada é tema amplamente discutido, estudado e analisado pela ciência jurídica atual.

A relevância da questão extrapola, inclusive, os limites da análise da colaboração premiada limitada ao âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Pelo contrário, para traçar a natureza jurídica do instituto, boa parte da doutrina se pauta em interpretação sistemática, analisando o acordo de colaboração premiada à luz de outros ramos do Direito, como por exemplo o Direito Civil e Processual Civil.

Através de referido estudo do instituto à luz do Direito Civil e Processual Civil, é comum na doutrina atual que se entenda o acordo de colaboração premiada como sendo um negócio

jurídico processual, visto que pauta-se, ainda que regido pelos ditames e limitações legais, na autonomia da vontade das partes, na barganha negocial e na convergência das vontades como forma para obtenção dos resultados pretendidos pela sua criação.

Na esteira do raciocínio acima traçado, manifestaram-se Fredie Didier Júnior e Daniela Bonfim (2016, p. 12):

A colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/2013 é um negócio jurídico. Veja-se. O seu suporte fático tem, em seu núcleo, como elemento cerne, a vontade exteriorizada das partes que, no caso, são (i) delegado de polícia, com a participação do Ministério Público, ou apenas o Ministério Público, e (ii) acusado, assistido por seu defensor. O juiz não é parte do negócio; ele não exterioriza a vontade jurisdicional para sua formação. O órgão jurisdicional atua em momento posterior, no juízo de homologação do negócio, fator de eficácia negocial.

Em mesma obra (2016, p. 14), os autores acima identificados ainda ensinam:

Como se vê, a exteriorização de vontade é elemento nuclear do suporte fático do ato jurídico que, então, já pode ser qualificado como um ato jurídico em sentido amplo. Mas é possível ir além. A vontade das partes também atua no âmbito da eficácia do negócio, na escolha do seu conteúdo eficaz, dentro dos limites traçados. O ordenamento jurídico deixa, aqui, espaço para o exercício do autorregramento, que, como todo espeço para o autorregramento, é limitado pelo próprio sistema.

A interpretação do acordo de colaboração premiada como sendo meio de obtenção de prova decorrente de negócio jurídico processual é, inclusive, atualmente, entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, fixado por intermédio do julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483-PR, que teve, como relator, o Ministro Dias Toffoli.

Eis, portanto, trecho do voto do relator (2015, p. 12-13), corroborando com o estudo aqui traçado:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.

Em comentário ao referido *Habeas Corpus*, Fábio Medina Osório (2017), aduz que:

O voto do Relator, seguido pela maioria da Corte, demonstra claramente que a transação é um meio obtenção de prova, e se deve estruturar na forma de um acordo, seja na etapa administrativa, seja na etapa processual criminal “*stricto sensu*”. Daí emergem os requisitos clássicos de qualquer acordo.

Deve-se atentar aos pressupostos de validade dos acordos, e da própria delação: capacidade das partes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita em lei (no caso das transações penais, deve estar expressamente prevista em lei). Além disso, transação tem requisitos próprios: (i) um acordo de vontade entre interessados titulares de direitos (quem não titulariza direitos, não pode participar do acordo); (ii) a extinção ou a prevenção de litígios; (iii) a reciprocidade de concessões legítimas, proporcionais, razoáveis ou racionalmente rastreáveis (parâmetros de juridicidade das concessões). [...] A “sanção premial” não pode ser uma “criação” arbitrária das partes, fruto de um capricho, pois

corresponderá, modo proporcional e razoável, à colaboração do beneficiário e à veracidade de suas informações.

Diante de todo o exposto ao decorrer do presente tópico, conclui-se, portanto, que o acordo de colaboração premiada, ou o instituto da colaboração premiada em si, da maneira como regido pela Lei nº 12.850/2013, possui natureza jurídica de negócio jurídico processual, podendo, ainda, ser analisado de maneira híbrida ou dúplice, tido tanto como meio de obtenção de prova acusatória, como instrumento de defesa do colaborador.

Desta forma, analisados os aspectos tidos como importantes para embasar o objeto principal do presente artigo, passa-se, por oportuno, ao estudo da questão fulcral deste trabalho, qual seja, a análise do instituto da colaboração premiada à luz de elementos da teoria geral do processo, para que seja possível extrair a natureza do descumprimento do acordo, bem assim as suas consequências.

3 DO DESCUMPRIMENTO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Conforme longamente alinhavado ao decorrer do presente artigo científico, da definição de acordo de colaboração premiada, bem assim da análise do seu regramento, trazido por legislação específica, é possível entender o instituto como sendo negócio jurídico processual, ainda que realizado com finalidade híbrida ou dúplice (obtenção de prova acusatória e/ou instrumento de defesa do colaborador).

Reconhecer o acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual é caminho importante para tecer fundamentais análises sobre as consequências do descumprimento de referido acordo.

Ademais, o estudo das possíveis consequências de um descumprimento de acordo de colaboração premiada torna-se ainda mais relevante pois, a Lei nº 12.850/2013 não traz, no bojo dos dispositivos que tratam do instituto (Capítulo II, Seção I, artigos 4º a 7º), nenhuma sanção ou consequência específica para caso de não cumprimento das disposições pactuadas pelo instrumento em voga.

Há, na legislação em exame, mera referência à possibilidade de retratação das partes, conforme infere-se do artigo 4º, parágrafo 10º do diploma legal: “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

Nota-se que a norma em questão não trata fundamentalmente da hipótese de descumprimento do acordo pactuado, mas sim do caso de retratação de alguma das partes,

estabelecendo, como consequência desta, a inutilização de prova produzida pelo colaborador, em seu próprio desfavor, apenas contra si.

Cumprido salientar, no entanto, que não está claramente delineado o que pode ocorrer em caso de descumprimento do acordo, assim como está no caso de mera retratação de uma das partes.

Portanto, para que se busque estabelecer considerações sobre as possíveis consequências decorrentes do descumprimento do acordo de colaboração premiada, por qualquer das partes, o estudo de elementos basilares da Teoria Geral do Processo mostra-se de cunho essencial. É o que o presente trabalho tem por objeto principal, e passa a expor.

A omissão legislativa no que diz respeito às consequências desfavoráveis, reflexos, ou mesmo sanções que podem decorrer do desrespeito ou descumprimento de uma colaboração premiada após sua pactuação abre margem, portanto, para interpretação da finalidade legislativa sob a ótica de conceitos basilares de Teoria Geral do Processo.

Neste sentido, estabelecendo o acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual e, como já explicitado em tópico anterior, estando este instituto, assim, vinculado a todos os pressupostos de um negócio jurídico, bem assim regido pela autonomia da vontade das partes – ainda que limitado pelo procedimento estabelecido em lei – podemos concluir, portanto, que as partes que figuram nos polos de referido acordo constituem, pois, relação jurídica específica, de natureza negocial, além de, em virtude da ação penal em si, contraírem, também, para si, relação jurídica processual.

Assim sendo, as partes de um acordo de colaboração premiada constituem, entre si, o que o presente trabalho passa a denominar como “relação jurídica negocial-processual”, visto que, o instituto da colaboração premiada permite que, em decorrência de uma relação jurídica de natureza processual (ou mera investigação que culminará em processo), surja um negócio jurídico para que dele decorram efeitos específicos.

Nesta seara, à luz da Teoria Geral do Processo, quando buscam-se os conceitos de relação jurídica ou, mais especificamente, efeitos da relação jurídica, é comum que a doutrina processual aponte a incidência de diversos efeitos que vinculam os sujeitos da relação.

Especificamente, os efeitos da relação processual poderiam ser divididos em faculdades, ônus, deveres e, como subespécie destes, obrigações.

Lecionando sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 240), assim explana:

Em se tratando de relação jurídica, provoca o processo vários efeitos para todas as pessoas a ele vinculadas. Esses efeitos apresentam-se tanto na forma *positiva*, sob a feição de *direitos* ou *faculdades* processuais, como na forma *negativa*, isto é, como *ônus*, *deveres* e *obrigações* processuais.

Incidem, de forma ampla, não apenas sobre as partes, mas também sobre o órgão julgador e seus auxiliares. Basta dizer que o Estado, por meio de seus órgãos judiciários, tem o direito

de investigar a verdade real, de apreender bens, de alienar bens e direitos das partes; mas tem, também, o dever de respeitar o devido processo legal, de assegurar às partes o contraditório etc., e, principalmente, de prestar a tutela jurisdicional, isto é, dar solução ao litígio, quando regularmente deduzido em juízo.

Buscando elucidar interpretação do acordo de colaboração premiada sob a ótica da Teoria Geral do Processo e, assim, sanar a omissão legislativa que envolve o seu descumprimento, faz-se de cunho essencial estudar o instituto da colaboração premiada como sendo um ônus ou um dever processual, para daí extrair as consequências de eventual rescisão unilateral diante do não cumprimento do acordo.

Basicamente, de forma sintética, pode-se conceituar dever processual como sendo um comando de caráter imperativo, que vincula a parte, devendo esta cumpri-lo, com a observância de seus termos, sofrendo, em caso do não cumprimento, sanções dele decorrentes.

De outra banda, ônus processual pode ser definido como exigência de caráter não imperativo, obrigacional, que não vincula totalmente a parte, mas que, em caso de não cumprimento, o sujeito ver-se-á envolto por consequências desfavoráveis e não vantajosas, para si, no que tange ao decorrer do processo.

Eis as definições de dever e ônus processuais, trazida por Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 241-242):

Outras prestações, que não as de expressão econômica, a que se sujeitam as partes de qualquer relação jurídica, configuram *deveres*.

No processo, inúmeros são os deveres impostos legalmente aos litigantes e seus procuradores, e até a terceiros (além daqueles imputados ao próprio órgão judicial), como, *v.g.*, o de agir com lealdade e boa-fé, o de testemunhar, o de exhibir documentos e coisas, o de colaborar com a Justiça no esclarecimento da verdade etc.

Da mesma forma que os direitos, também os deveres são de natureza pública, e seu descumprimento, em muitos casos, gera graves sanções, até de natureza penal. [...] Além dos direitos, deveres e obrigações, existem também os *ônus processuais*, que não obrigam a parte a praticar determinados atos no curso do processo, mas lhe acarretam prejuízos jurídicos quando descumpridos. [...] Os ônus, diversamente do que se passa com os deveres e obrigações, só existem para as partes. A eles não se submetem nem o juiz nem seus órgãos auxiliares.

As sanções decorrentes dos ônus processuais são, aparentemente, formais, pois quase sempre se traduzem na perda de uma faculdade processual não exercida em tempo hábil. Mas, via de regra, atingem por reflexo o direito substancial da parte omissa [...]. Em casos como esses, pode o processo, por culpa da parte, ser conduzido a uma solução contrária ao verdadeiro direito material do litigante que não se desincumbiu do ônus que lhe tocava.

Em mesma obra (2017, p. 242), o autor finaliza o assunto, diferenciando ônus, dever e obrigação:

A diferença entre *ônus*, de um lado, e *deveres* e *obrigações*, de outro lado, está em que a parte é livre de adimplir ou não o primeiro, embora venha a sofrer dano jurídico em relação ao interesse em jogo no processo. Já com referência às obrigações e deveres processuais, a parte não tem disponibilidade, e pode ser compelida coativamente à respectiva observância, ou a sofrer uma sanção equivalente. É que, nos casos de ônus, está em jogo apenas o próprio direito ou interesse da parte, enquanto que, nos casos de deveres ou obrigações, a prestação da parte é direito de outrem.

Por isso, o descumprimento de dever ou obrigação processual é fato *contrário à ordem*

jurídica, o que não se dá diante da inobservância de simples ônus processuais.

Ante todo o explicitado, passa-se, pois, ao estudo do acordo de colaboração premiada, e seu respectivo e hipotético descumprimento, como sendo dever processual, ou ônus processual.

3.1 Do Acordo de Colaboração Premiada como Dever Processual

Na esteira do raciocínio já exposto, em consonância com as definições e diferenciações supra alinhavadas, saltam aos olhos alguns elementos conceituais que merecem destaque para resolução do cerne da questão que rege este artigo científico.

Ao analisar as definições de dever processual, calha destacar a natureza imperativa do comando que o constitui, seu caráter obrigacional, de vinculação quase que absoluta, podendo, inclusive, o sujeito submetido a um dever, ser compelido a cumpri-lo.

Ademais, é de suma importância para aliar o tema com o acordo de colaboração premiada, entender que o dever processual possui natureza pública, e que seu descumprimento constitui conduta frontalmente contrária ao ordenamento jurídico, sendo passível de sanção, inclusive de natureza penal.

Isto posto, mais vez, entendendo a colaboração premiada como negócio jurídico processual, esta, obviamente, possui polos negociais, figurando, em diferentes polos, os legitimados para representação e elaboração do acordo (Delegado de Polícia e Ministério Público) e, do outro lado, o colaborador (Indiciado/Acusado).

É correto, portanto, diferenciar a vinculação do acordo na esteira do polo analisado. Explica-se.

No que diz respeito ao Delegado de Polícia, ao Ministério Público, e até mesmo ao Juízo responsável pela homologação do acordo de colaboração premiada, o seu (des)cumprimento deve ser entendido, e respeitado, como dever processual.

Notoriamente, não só o direito penal ou processo penal em si, como toda a atividade persecutória do Estado, é regida pelo interesse público, bem como por todos os direitos, garantias e limitações constitucionais que dela emanam, visto que versa, quase que tão somente, acerca da aplicabilidade ou não de restrição a um dos maiores direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, qual seja, a liberdade.

Exposta esta premissa, e tendo em vista, ainda, que o acordo de colaboração premiada, sob a ótica da Acusação, é utilizado precipuamente como meio de obtenção de prova condenatória, as condições do acordo, estabelecidas entre as partes, devem ser integralmente respeitadas por aqueles que regem a atividade persecutória do Estado (Delegado de Polícia, Ministério Público e Juízo

Criminal que homologa a colaboração).

E, por “devem ser integralmente respeitadas”, leia-se que as condições pactuadas em acordo de colaboração premiada constituem, portanto, dever processual a ser observado pelos sujeitos acima identificados.

Na medida em que o Estado “barganha criminalmente” com um indivíduo para conseguir ampliar sua teia persecutória e, para tanto, promete a concessão de benefícios processuais a referido sujeito, estes não podem ser simplesmente inobservados e descumpridos unilateralmente, sem justo motivo.

Cumprir esclarecer, entretanto, que a presente hipótese não versa sobre a possibilidade de retratação, trazida em lei (artigo 4º, § 10 da Lei nº 12.850/2013), com a consequente inutilização da prova autoincriminatória produzida pelo colaborador, em seu exclusivo desfavor.

O que pretende-se abordar, no caso, seria o descumprimento arbitral por parte do Estado-persecutor, como ocorreria, por exemplo, em uma situação hipotética na qual os benefícios prometidos quando da elaboração do acordo fossem injustificadamente não concedidos, ainda que utilizadas as informações prestadas pelo colaborador para a elucidação da verdade real.

Haveria, neste caso, manifesta violação ao ordenamento jurídico, inclusive à normas de caráter constitucional e, sendo assim, a parte que descumprir o dever proveniente do acordo poderia, pois, ser compelida a cumpri-lo ou, ainda, sofrer sanção, inclusive de natureza penal.

Ocorre que, ao analisar o acordo de colaboração premiada sob o prisma do colaborador, a natureza de dever processual não se mostra tão clara, merecendo o instituto ser avaliado à luz de ônus processual. É o teor do quanto segue.

3.2 Do Acordo de Colaboração Premiada como Ônus Processual

Mais vez, o estudo dos conceitos de Teoria Geral do Processo já alinhavados ao decorrer do presente trabalho se mostra importante para dirimir os efeitos emanados por um acordo de colaboração premiada ao agente colaborador, visto que, conforme já demonstrado, aos membros do Estado em sua atividade persecutória, o instituto emana dever processual.

Entretanto, parece-nos que, ao colaborador, o acordo se amoldaria melhor ao sentido de ônus processual. Demonstra-se.

Como cediço, a atividade persecutória do Estado é regida pelo interesse público, uma vez que versa, quase que integralmente, sobre instrumentos utilizados para fim de restrição da liberdade de um indivíduo transgressor de normas penais.

Nesta senda, é necessário estabelecer um paralelo entre a figura do colaborador, em um acordo de colaboração premiada, com todos os direitos e garantias constitucionais, penais e

processuais penais que a ele são conferidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

De plano, cumpre expor o princípio da não autoincriminação, de ordem constitucional, consagrado por intermédio do “direito ao silêncio”, expresso no ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, corroborado pelo artigo 186, do Código de Processo Penal.

Interpretando referido princípio, pode-se extrair, facilmente, o comando normativo de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), premissa esta que é bastante relevante para a questão fulcral do trabalho em voga.

Desta forma, fora estabelecido, também, que o acordo de colaboração premiada pode ser considerado como instrumento defensivo do colaborador, além de simples meio de obtenção de prova por parte da Acusação.

Assim sendo, seria, pois, também, extensão do princípio constitucional da ampla defesa, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Seguindo tal linha de raciocínio, destaca-se, ainda, que o direito de defesa, no processo penal, é indisponível. No entanto, isto não quer dizer que o acusado não possa exercer seu direito de defesa da forma como julgar melhor, ou necessária para determinado caso.

A indisponibilidade diz respeito à obrigatoriedade de resposta de um réu frente a atividade persecutória do Estado, ainda que não estabeleça imperatividade no que tange às matérias de defesa a serem alegadas.

Estabelecidas estas premissas, principalmente no sentido de que o acordo de colaboração premiada é, para o colaborador, instrumento de defesa, frente a todas as garantias normativas a ele concedidas, extrai-se, portanto, que, ao colaborador, a colaboração premiada constitui ônus processual.

O interesse público, neste caso, deve ser ponderado em face da ampla defesa e do princípio da não autoincriminação, sendo que, ao descumprir o acordo de colaboração premiada, o colaborador não poderá ser compelido a cumpri-lo, ou mesmo sofrer sanção de ordem penal pelo descumprimento.

Entretanto, isto não quer dizer que o descumprimento não culminará em consequências desfavoráveis ao colaborador. Muito pelo contrário, visto que o não cumprimento certamente acarretaria na perda do benefício que seria concedido pela Acusação caso houvesse integral cumprimento do disposto no acordo.

Ademais, as provas já produzidas pelo colaborador poderiam, inclusive, em tese, ser utilizadas contra ele, respeitando a natureza de prova anômala da colaboração premiada, devendo estas serem corroboradas por demais meios de prova para fins de condenação.

Mais vez, cumpre esclarecer que a hipótese em tela não versa sobre o exercício do direito

de retratação, mas sim sobre descumprimento unilateral sem justo motivo, desta vez por parte do colaborador.

A situação aqui tratada ocorreria, por exemplo, no caso de mentira, ou omissão de informação pertinente ao andamento da ação penal, que deveria ter sido prestada com a elaboração do acordo.

Diante do exposto, entende-se, assim, que o acordo de colaboração premiada constitui, ao colaborador, ônus processual, visto que, frente aos princípios da não autoincriminação e da ampla defesa, o colaborador seria livre de adimplir ou não a obrigação contraída pelo acordo, estando, no entanto, apto a sofrer todos os danos jurídicos em relação ao interesse em jogo na ação penal.

Desta forma, não seria equivocado entender que o acordo de colaboração premiada está apto a constituir tanto dever quanto ônus processual, a depender do polo da relação a ser analisado.

4 CONCLUSÃO

Analisando todos os fatores expostos ao longo do presente estudo acadêmico explicitado através de artigo científico, pôde-se entender os principais aspectos do instituto da colaboração premiada, especificamente regulamentado por intermédio da Lei do Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013).

Expôs-se, também, que a colaboração premiada não foi bem uma inovação jurídica trazida pela legislação em exame, sendo que já era prevista, sob diversas formas, em legislações esparsas, sem, contudo, ser subsidiada por procedimento que provesse efetividade e segurança jurídica em sua aplicação prática.

Notório, pois, que o procedimento regulamentado pela Lei nº 12.850/2013 foi capaz de trazer maior segurança jurídica ao instituto, que tomou extrema relevância e notoriedade nacional por ser instrumento utilizado como pilar da “Operação Lava Jato”, que deflagrou-se em face dos voluptuosos esquemas criminosos envolvendo políticos de todos os ramos, além de empresas e empresários do âmbito público e privado, causando, certamente, uma das maiores crises institucionais da história do país.

A notoriedade apontada ao instituto fez com que muito se discutisse quanto à sua natureza jurídica, até que pôde-se fixar o entendimento, inclusive por intermédio do Supremo Tribunal Federal, de que se trata de negócio jurídico processual com a finalidade de obtenção de provas.

Ademais, o presente trabalho também foi capaz de explicitar o raciocínio da natureza híbrida, ou dúplice, da colaboração premiada, em virtude de ser, ao mesmo tempo, meio de obtenção de prova acusatória e instrumento de defesa do agente colaborador.

Isto posto, apesar da legislação em exame ter conferido maior segurança jurídica a

aplicação prática do instituto, esta ainda mostrou-se omissa e insegura no que tange às consequências passíveis de aplicação às partes no caso de descumprimento do acordo pactuado.

Neste sentido, visando elucidar hipóteses aptas a preencher a lacuna normativa, o presente trabalho passou a analisar o acordo de colaboração premiada à luz da Teoria Geral do Processo, trazendo conceitos basilares decorrentes da relação jurídica processual, no que tange aos seus efeitos, como, principalmente, as definições de ônus e dever processual.

Diante de todos os elementos alinhavados, os autores entenderam, pois, que o acordo de colaboração premiada, quando analisado sob o prisma dos legitimados para sua representação e elaboração (Delegado de Polícia e Ministério Público), assim como quanto ao Juízo que homologa o acordo, deve ser tido como apto a constituir dever processual, ante ao interesse público que rege a atividade persecutória do Estado, sendo passível de obrigatoriedade de cumprimento, sob pena de sanção de ordem, inclusive, penal.

Em arremate, pela ótica do colaborador, o trabalho conclui que, ante aos princípios constitucionais que regem o direito penal e processual penal, em especial os da não autoincriminação e ampla defesa, o acordo de colaboração premiada é apto a constituir ônus processual, não conferindo imperatividade e vinculação absoluta ao seu cumprimento, sendo que deve, o colaborador, suportar todas as consequências desfavoráveis decorrentes do não cumprimento das obrigações pactuadas.

Por fim, necessário destacar que o tema em voga está longe de estar pacificado, demandando maiores estudos e pesquisas aprofundadas, inclusive por parte destes autores, por se tratar de matéria extremamente relevante, cuja aplicação prática mostra-se deveras inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, capaz, portanto, de elucidar os mais diversos posicionamentos a seu respeito, devendo, todos, serem respeitados para fins de melhor dialeticidade conclusiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense: 1997-2000.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARAS, Vladimir. **Natureza dúplice da colaboração premiada**: instrumento de acusação; ferramenta de defesa. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/natureza-duplicada-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Vade Mecum:

19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Vade Mecum: 19. ed. São Paulo. Saraiva: 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei do Combate às Organizações Criminosas**. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Vade Mecum. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado Lei nº 12.850/2013**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Curitiba: Juruá, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos. **Colaboração (delação) Premiada: passo a passo**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/colaboracao-delacao-premiada-passo-a-passo/16399>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

JÚNIOR, Fredie Didier; BONFIM, Daniela. **Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil**. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=136&embedded=true>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: volume I**. 58. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARQUES, Murilo. **Os efeitos da anulação de uma delação premiada**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265143,41046-Os+efeitos+da+anulacao+de+uma+delacao+premiada>>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. atual. Campinas: Millennium, 2000.

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo. **Crime organizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Daniel. **Distinção entre Dever, obrigação, ônus e sujeição**. Disponível em:

<<http://fatojuridico.com/distincao-entre-dever-obrigacao-onus-e-sujeicao/>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2014. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica da delação premiada**. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/natureza-juridica-da-delacao-premiada/>>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 127.483 Paraná**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150827-04.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 1. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro: São Paulo, IBCCRIM, 2015.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO BRASIL E AS ATUAIS POLÊMICAS DE ENVOLVIMENTO DOS ANIMAIS EM MANIFESTAÇÕES CULTURAIS

Anne Pelegrini MONTEIRO¹
Glauco Roberto Marques MOREIRA²

RESUMO

O Presente trabalho busca realizar uma análise acerca da proteção dada aos animais não humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à proteção da integridade física e psíquica das espécies, bem como os posicionamentos que são adotados pelo judiciário para os casos que envolvem os animais em situações de entretenimento humano; sua evolução histórica e qual o atual tratamento dado ao tema no nosso país. Para tanto, o tema é explorado sob as diversas percepções filosóficas, sociais e políticas, buscando compreender eventuais pontos positivo e negativos sobre o assunto, além dos seus limites jurídicos no Brasil e no direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito dos Animais. Direito Ambiental. Direito Constitucional. Fauna Brasileira. Manifestação Cultural.

ABSTRACT

The present work seeks an analysis of the protection given to non-human animals by the Brazilian legal system; its historical evolution and current treatment given to the theme. For this, the theme is explored under various perceptions, namely, philosophical, social, political, seeking to understand possible positive and negative points on the subject; its legal limits; the treatment currently given by the judiciary of our country and in comparative law.

KEY WORDS: Animal Rights. Environmental Law. Constitutional right. Brazilian Fauna. Cultural manifestation.

1 INTRODUÇÃO

A proteção destinada aos animais no Brasil e, principalmente quando o tema envolve manifestações culturais, trata-se de um assunto de polêmicas discussões, que se desdobraram através do tempo e ordenamentos jurídicos.

Tal discussão nos proporciona uma análise da questão por pontos de vistas diferentes, instigando-nos a uma reflexão não só quanto a nossa educação ambiental, mas também para que ponderemos até que ponto o Estado possui a obrigação de intervir nas relações dos indivíduos para com a natureza e a vida em todas as suas formas, a fim de que este cumpra com o seu dever constitucional, que de certa forma também é moral, de proteção da fauna, flora e o ecossistema no

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. anne.pelegrini@hotmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP); graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (1991); professor de Ciências Políticas, Teoria Geral do Estado e Direito Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. glaucomarques@toledoprudente.edu.br.

geral.

E mais, instiga-nos o debate sobre a valorização da vida dos animais não humanos do ponto de vista destes. Em quais circunstâncias essa vida tem o seu valor flexibilizado para prevalência do interesse humano e, claro, se o Estado tem tomado decisões constitucionais esses casos em que há eventual flexibilização.

Para viabilizar tais reflexões, inicialmente no capítulo inicial foi realizada uma breve análise da relação do homem com os animais, desde os primórdios, sendo dada tal relação observada pela perspectiva filosófica, jurídica e até social, a fim de compreender a hierarquia existente entre as espécies, que conhecemos hoje.

Após, no capítulo 2 conhecemos a evolução histórica legislativa do tema em nosso país, que em vários anos, desde o Brasil Colônia, até os dias atuais, ocasiões em que foram e são adotadas diversas normas de proteção à fauna brasileira, inclusive em tipos penais.

Introduzida a evolução histórica legislativa do tema no país, no capítulo 4, a partir da vedação constitucional de maus tratos e crueldade contra os animais, conceituamos quais situações são atualmente entendidas como maus tratos e crueldade, sendo que, no capítulo 5 enfrentamos essa proteção constitucional com o direito fundamental de exercício de manifestações culturais, quando tais manifestações envolvem o uso de animais, o que por muito tempo aconteceu no Brasil sem qualquer limitação, mas com o advento da Constituição Federal de 1988 muitos casos foram parar na Corte Supremo, casos estes que foram tratados no quinto e último capítulo, a fim de interpretar e compreender o posicionamento dos magistrados da Superior Tribunal Federal nos últimos anos.

Este estudo foi realizado baseado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, e desenvolvido pelo método dedutivo, buscando-se na doutrina nacional, e também em sites jurídicos, o conteúdo necessário para construir um raciocínio lógico.

2 A RELAÇÃO ENTRE O HOMEM E O ANIMAL

Nos primórdios, o homem e os animais viveram em uma estrita relação. Para sobreviver o homem caçava os animais, alimentava-se de sua carne e vestia a sua pele, registrando toda essa convivência em suas pinturas rupestres em pedras e nas paredes das cavernas que os abrigavam.

Após, com o passar do tempo, a relação entre essas espécies certamente evoluiu e, o homem caçador, torna-se agora o homem agricultor, domesticando algumas espécies animais, como ovelhas e aves, dando início a domesticações, hoje consideradas padrão.

Assim, antes uma relação que era pautada unicamente em alimentação e sobrevivência do homem, evoluiu para uma relação onde o homem, em diversas perspectivas e campos distintos de interesse, procura utilizar os animais de acordo com a “função” oferecida por cada espécie,

adequando-as à rotina humana e ao interesse da coletividade.

2.1 A Relação entre Homem e Animal Sob a Ótica da Filosofia

Como visto anteriormente, advém de tempos remotos a relação do animal com o homem. De igual forma, há muito tempo filósofos discutem quanto às perspectivas dessa relação.

Pode-se dizer que a grande e, talvez a principal discussão da relação do homem e do animal, está vinculada ao fenômeno do especismo e seus desdobramentos.

O especismo consiste no preconceito ou na atitude de favorecimento dos interesses dos membros de uma espécie em detrimento dos interesses dos membros de outras espécies³.

O posicionamento dominante e da maior parte dos filósofos, atende a uma visão antropocêntrica, sob a qual os animais possuíam funções a favor do homem⁴.

Em suma, o legado dos filósofos gregos consistiu em pensamentos incentivadores da hierarquização das espécies e objeção dos animais, posições estas que foram determinantes para que o entendimento se disseminasse pelos filósofos romanos, os adeptos do cristianismo e se estendesse até os dias de hoje⁵.

Immanuel Kant reconhecia que os animais possuem consciência e detêm capacidade de sentir sensações e de ter sentimentos, assim como os homens. Porém, para Kant, em que pese os animais tenham consciência, sentimentos e capacidade de sentir sensações, a razão pela qual é incorreto o tratamento cruel contra os animais, é a de que, ao adotar tal postura, implicitamente, haveria um induzimento de crueldade contra o homem⁶.

Vale destacar que, Jeremy Bentham, filósofo inglês, foi um dos poucos a posicionar-se em defesa dos animais. Jeremy sustentou que um ser que sofre, seja qual for sua natureza, este ser é merecedor de consideração, assim como ocorre com seus semelhantes⁷.

No mais, a herança desses pensamentos filosóficos resultou em discussões através dos séculos, tanto a favor como contra o reconhecimento de animais como sujeito de direitos, mas que ainda hoje são classificados, pela maioria, como espécies inferiores.

2.2 O Racismo e Sexismo Como Padrões Equivalentes ao do Especismo

³ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Chicago: Chicago Tribune, 1989, p.19.

⁴ OLIVEIRA, Micheline Ramos de; CARLETTO, Sheila; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **Um Olhar Antropológico Sobre o Especismo e Movimentos de Defesa dos Animais**. Revista Brasileira de direito Animal. Vol. 11, N 23, 2016 (set/dez 2016). Salvador: Evolução, 2006, p. 85.

⁵ LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 83-84

⁶ GONCALVES, Sara Fernandes. **Utilitarismo, Deontologia Kantiana e Animais: Análise e Avaliação Críticas**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, p. 10.

⁷ SINGER, op. cit., p. 19-20.

O especismo é um dos pontos centrais da discussão a cerca de os animais como sujeito de direito, mas o tema merece outros desdobramentos. Isto porque, conforme fora anteriormente definido, o especismo trata-se de uma discriminação, onde temos a prevalência de uma espécie em detrimento da outra.

Esse padrão, portanto, de hierarquização, se compara aos comportamentos sexistas e racistas das sociedades.

Em todos os comportamentos discriminatórios, sejam eles em decorrência de raça, sexo ou espécie, há o evidente favorecimento de um padrão específico sob outro, com conseqüente violação de interesses daquele classificado como inferior.

É certo que, apesar de séculos de lutas sociais, ainda prevalece, para alguns, o pensamento retrogrado de hierarquia entre sexos ou raças, situações essas em que, evidentemente, fica demonstrado que o ser humano, teoricamente superior intelectualmente às demais espécies, não é capaz de tratar com respeito a sua própria linhagem.

A falta de sentimentos humanitários nas pessoas, se destacando neste ponto, o sentimento de compaixão, mostra-nos que, ainda hoje, o homem não é capaz de demonstrar respeito para com a própria espécie. Significa dizer que, o homem, enquanto for incapaz de compreender e respeitar a vida de outro homem (sua própria espécie), certamente será incapaz de compreender a real necessidade de respeitar os animais, a vida como um todo, e em todas as suas formas.

2.3 Direitos fundamentais dos animais

A Constituição Federal, em seu artigo 225, a fim de prevenir quanto a um retrocesso ambiental, assegura a todos o direito a sadia qualidade de vida, através de um meio ambiente equilibrado.

Para garantir um meio ambiente equilibrado, a Constituição Federal incumbiu ao Estado e a toda a coletividade a obrigação de preservar e defender o meio ambiente, para presente e as futuras gerações.

Em que pese momentaneamente possa parecer que o ordenamento jurídico conferiu aos animais algum direito, pode-se afirmar o contrário. A Constituição não conferiu direitos fundamentais aos animais, conferindo tão somente uma tutela jurisdicional, uma garantia estatal de proteção, tendo em vista que a fauna, componente do meio ambiente, é essencial à sadia qualidade de vida do ser humano.

Logo, o ordenamento jurídico brasileiro trata o meio ambiente e a vida animal como objetos de direito, e não sujeitos de direito. Significa dizer que a vida animal, como objeto de direito, atende às “funções” determinadas em favor do homem e, por tal motivo é que são tutelados,

para possibilitar que os interesses do homem sejam concretizados, pois é o homem o verdadeiro sujeito de direito ao qual protege a norma jurídica⁸.

Ainda quanto ao tema, existe posicionamento que sustenta a existência de direitos fundamentais dos animais, fundamentando que, a partir das normas de vedação de práticas cruéis ou as que levam espécies à extinção, estaríamos reconhecendo, portanto, o valor da vida como um todo e não somente a do homem, ainda que isso, hoje, não signifique dizer que reconhecemos os animais como sujeitos de direito, de forma expressa, mas que valor da vida nessa perspectiva, já vem sendo reconhecida em diversas ocasiões pelo judiciário; pela Corte Suprema, que já decidiu mais de uma vez no sentido de que a proteção jurídica destinada aos animais é algo que se faz necessário, ainda que seja em detrimento de interesses humanos individuais ou coletivos, e isso não somente pela previsão constitucional de proteção à fauna⁹.

No mais, apesar de não existir um posicionamento consolidado, temos na maioria esmagadora das situações, um posicionamento antropocentrismo que entende que a vida animal atende aos interesses da vida humana.

3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS E O DIREITO COMPARADO

A proteção jurídica dos animais no Brasil passou por diversos momentos para obtermos a proteção jurídica que conhecemos hoje, ainda que tão somente como objetos de direito.

No Brasil Colônia, na vigência das Ordenações Manuelinas¹⁰, existiram as primeiras previsões de algum tipo de preservação e proteção aos animais, que proibiram a caça de coelhos e determinava o respeito às crias, nos meses de março, abril e maio, condenando o caçador que tivesse descumprido a lei ao pagamento de mil reais, além de perda dos cães e das armadilhas utilizadas na caça¹¹.

Após, o Brasil no domínio espanhol e, sob a vigência das Ordenações Filipinas, trouxe a proibição, a qualquer pessoa, de jogar material que pudesse matar os peixes e sua criação, proibindo também a pesca com determinados instrumentos e em certos locais e épocas¹².

⁸ BECHARA, Erika. **A Proteção da Fauna Sob a Ótica Constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 72-73.

⁹ SALERT, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. Ed, ver, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 238/239

¹⁰ Sistema de preceitos da legislação portuguesa, à época do reinado de Manuel I, que visava efetivar um controle social frente a um crescimento complexo do reino.

¹¹ NAZO, Georgette N.; MUKAI, Toshio. **O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente**. Rio de Janeiro : Revista de Direito Administrativo, jan. 2001, v. 223, p. 75-104,. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48313>>. Acesso em: 07 Abr. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v223.2001.48313>.

¹² MIRALÉ, Édís . **Direito do Ambiente**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 236-237.

Ainda, no período Republicano, o decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934, denominado Código das Águas, previu em seu artigo 42 e artigo 88, que a regulamentação e exploração da pesca e caça aconteceria em legislação especial¹³ e que, tais circunstâncias estariam sujeitas às leis federais, mas que estas não excluiriam as estaduais, que por sua vez possuem caráter subsidiário e complementar¹⁴.

Após, o artigo 31 da Lei 3.688 de 1941 (Lei das Contravenções Penais) que em seu parágrafo único, letras “a”, “b” e “c”, preveem a pena de prisão simples, ou multa, para aquele que, na via pública, abandona animal; excita ou irrita animal, expondo a perigo a segurança alheia.

Em 1967, a Lei 5.197, de proteção à fauna, dispõe que os animais que compõe a fauna silvestre são de propriedade do Estado.

Em 1940, o Código Penal Brasileiro que traz em diversos tipos penais, animais como objeto material de crimes, sendo que o bem jurídico tutelado nesses tipos, é a sociedade.

Em breves considerações, podemos destacar alguns dispositivos do Código Penal: o artigo 162 do código prevê detenção de seis meses a três anos, e multa, para aquele que suprime ou altera, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade; artigo 164 prevê que, desde que o fato resulte prejuízo, detenção de quinze dias a seis meses, ou multa, para aquele que introduz ou deixa animais em propriedade alheia e, o artigo 259 do código, que pune com reclusão de dois a cinco anos, e multa, o indivíduo que difundir doença ou praga que possa causar dano a animais de utilidade econômica.

Outro importante marco é o advento da lei 9.605/98, que em seu artigo 32 regulamentou a norma constitucional de dever de proteção ao meio ambiente. O respectivo tipo penal traz como objeto material do crime os animais, em suas diversas espécies, vedando práticas que os façam sofrer abusos, maus-tratos, ferimentos, e demais situações similares. Ainda, nos parágrafos do referido artigo temos a proibição de experiências dolorosas e cruéis para fins didáticos ou científicos (vedação não absoluta, que prevê exceção à previsão se não existirem outros meios para realização dessas atividades), bem como a previsão de causa de aumento de pena se da prática resulta em morte do animal.

Por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, restou assegurado a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, nos termos do artigo 225, que garantiu ainda que o meio ambiente equilibrado é um bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida¹⁵.

¹³ Capítulo III, art. 42: “Em Leis especiais são reguladas a caça, a pesca e sua exploração”.

¹⁴ Capítulo IV, art. 88: “A exploração da caça e da pesca está sujeita as leis federais não excluindo as estaduais subsidiária e complementares”

¹⁵ Constituição Federal de 1988, capítulo VI, art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O inciso VII, do parágrafo primeiro do referido artigo, preceitua que para proteção do direito ao meio ambiente equilibrado, são vedadas práticas contra a fauna que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Não obstante, evidente que se trata de um equívoco pensar que o disposto em questão garantiu aos animais o direito de não terem suas espécies extintas ou suas vidas submetidas a atos de crueldade.

Na realidade, o que houve foi um posicionamento, ético ambiental, por parte do Estado. No mais, tal posicionamento representa o mínimo que se espera de uma sociedade que é, consideravelmente, desenvolvida. Isto porque, a extinção de espécies, bem com a prática de crueldade contra os animais, causam danos sentimentais à coletividade, além de claro, interferir na vida do homem de forma reflexa e negativa, pois este tem sua existência ameaçada, quando na iminência de um meio ambiente danificado.

Neste íterim, se denota pelos dispositivos legais até então mencionados, que a proteção legal conferida aos animais é uma proteção reflexa, pois o ser humano, a sua vida, seus sentimentos pessoais e em sociedade são os verdadeiros tutelados pela norma de direito.

Essa análise resulta na conclusão de que existe em nosso ordenamento jurídico ou, melhor dizendo, em nossa sociedade, uma visão ambiental antropocentrada, onde o homem é o centro e a natureza e os demais seres vivos “giram” ao seu redor.

No mais, perspectivas diversas e de outros países valem ser aqui consideradas.

Seja pelas medidas adotadas ou pela época em que ocorreram tais posicionamentos, em diversos países o tema é tratado de forma revolucionária; se comparado ao modo pelo qual é tratado em nosso País.

Na Inglaterra, já no ano de 1824, foi fundada a Sociedade Real de Prevenção da Crueldade aos animais; em 1822 aprovados diversos atos contra crueldade aos cavalos; nos anos de 1839 e 1854 aprovadas previsões contra maus tratos contra cães; todas as rinhadas com animais tornaram-se ilegais em 1833 e ao final do século os métodos utilizados para abates de animais começaram a sofrer críticas que levaram a funcionamento de matadouros mediante licenças, com polemicas quando a métodos humanitários¹⁶.

Ainda, os Estados Unidos da América tem contribuições extremamente importantes para a matéria.

No ano de 1972 a Suprema Corte Americana decidiu de forma inédita pelo reconhecimento dos animais como sujeitos de direito, onde o juiz Douglas ao proferir seu voto expôs que, assim como o navio tem uma personalidade jurídica e a corporação ordinária é uma pessoa para

¹⁶ DIAS, Edna Cardozo. **A Tutela Jurídica dos Animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 77 – 78.

propósitos jurídicos, também a natureza pode ser sujeito de direitos¹⁷. Tempos depois, o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito se repetiu, novamente em decisão da Suprema Corte do país, desta vez no ano de 2001¹⁸.

Evidente que o tratamento jurídico destinado aos animais não humanos pelo direito comparado retrata um posicionamento mais próximo da perspectiva ecocentrista do que o nosso. O reconhecimento do valor da vida animal e a criação de normas jurídicas destinadas à proteção da integridade física e mental dos animais e, até mesmo como visto em alguns casos, o reconhecimento de animais como sujeitos de direito, representam uma evolução jurídica e social que reflete diretamente na postura ética e de convívio dos indivíduos, além de contribuir para uma educação ambiental da sociedade, sendo essa educação a via mais segura eficaz de se obter um meio ambiente saudável para garantia de uma sadia qualidade de vida.

4 CRUELDADE E MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAIS

A Constituição Federal no inciso VII do artigo 225 veda a submissão dos animais a práticas de crueldade, sem fazer qualquer distinção de espécies animais, tampouco chega a conceituar o que vem a ser uma prática cruel.

A definição de crueldade neste ponto pode ser delimitada, para o ordenamento, como aquele mal que é direcionado ao animal em um grau de proporção que não é necessário¹⁹. Isto é, se o mal direcionado ao animal visa atender a interesse do homem, no momento, interesse mais importante da relação, será um mal válido contra o animal e, conseqüentemente, uma prática não considerado cruel. Até porque, se assim não fosse, o ato de o homem sacrificar um animal para comer a sua carne, por si só, seria a maior das práticas cruéis.

Assim, destaca-se novamente a visão antropocentrista do ordenamento.

Interessante ainda esclarecer que, não obstante as fundamentações antropocentrista, possível ainda deslumbrar motivações éticas e sociais para tal vedação, como bem fora anteriormente defendido por Kant, se aceitarmos que o homem se posicione violentamente contra a integridade de animais, estaremos dando margem para que o homem repita tais condutas com seus próprios semelhantes, com quem convive em sociedade.

Essa perspectiva da visão ética e social, que da importância ao pensamento e sentimento humano frente a crueldades contra animais, recai ainda sobre o fato de que, muitas vezes, e no

¹⁷ DIAS, loc. cit., p. 85.

¹⁸ TOLEDO, Maria Izabel. **A Tutela Jurídica dos Animais no Brasil e no Direito Comparado**. Revista Brasileira de Direito Animal. Vol. 07, N 11 (jul/dez 2012). Salvador: Evolução, 2006, p. 209, ISSN 1809-9092. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8428>>. Acesso em: 07 Abr. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v7i11.8426>.

¹⁹ BECHARA, op. cit., p. 83.

coração de muitas pessoas, a sensação de ser e sentir-se tão semelhante dos animais, causa compaixão e indignação em proporções consideráveis. Significa dizer que em diversas situações o homem é capaz de se sentir indignado, quando se coloca no lugar de um animal que sofre. Da mesma forma o homem é capaz de amar tanto um animal a ponto de trata-lo com se fosse da sua mesma espécie.

Quanto a estes motivos, éticos e sociais, pelos quais o homem veda a prática de crueldade contra animais, temos em evidência a nossa capacidade de compaixão. Compaixão esta que sussurra (ou muita vezes nem isso) quando arrancamos uma planta da terra, mas que grita escandalosamente quando presenciamos, ou de outra forma obtemos a informação, de que um animal (principalmente os de padrão doméstico) foi espancado, pois o homem de forma natural coloca-se no lugar no lugar do animal submetido a maus tratos²⁰, eis que inconscientemente, ou não, tem conhecimento de que é aquele animal que sofre, é semelhante seu.

Portanto, a vedação jurídica de prática que submetam animais a crueldade consegue transcender a visão antropocentrismo vigente em nosso país, pautando-se em motivos éticos e sociais, que inclusive, entende-se aqui como sendo o mínimo a se esperar de uma sociedade desenvolvida, a conduta de reconhecer o sofrimento animal, ainda que seja para proteger nossos sentimentos de animais não humanos.

Não obstante, a submissão de animais a práticas de tortura e crueldade está tipificada como crime, nos termos do artigo 32 da Lei 9.605/98, conforme anteriormente apresentado, que prevê a sanção de três meses a um ano, e multa, para aquele que, dolosamente, incorre em condutas que violam a garantia constitucional de proteção da fauna.

Como núcleo do respectivo tipo estão elencadas as condutas de: abuso, maus-tratos, ferir, mutilar, além das previstas nos parágrafos, que vedam a utilização de animais em experiências dolorosas ou cruéis, ainda que seja para fins didáticos ou científicos, existindo ainda a causa de aumento de pena quando do ato resultar a morte do animal.

5 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO E DE DIREITO DE EXERCÍCIO DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS NO BRASIL QUANDO HÁ ENVOLVIMENTO DE ANIMAIS

Neste momento, desdobraremos o assunto para analisarmos um instituto de importante, interessante e polêmica discussão. A questão da manifestação cultural no Brasil.

O tema encontra respaldo legal nos termos do artigo 215 da Constituição Federal, que preceitua que o Estado garantirá a todos o pleno exercício de direitos culturais, assim como difusão

²⁰ BECHARA, op. cit., p. 78.

das manifestações culturais. Assim, todos têm o direito fundamental de proteção de suas culturas, bem como a garantia constitucional do direito do exercício das práticas de manifestação cultural. Mas, por certo, assim como qualquer outro direito fundamental, este direito à cultura pode vir a ser afastado, momentaneamente, para que outro direito fundamental prevaleça, pois é da natureza dos direitos fundamentais não serem absolutos.

Quando os direitos fundamentais entram em conflitos, se faz necessário um sopesamento, sobre qual direito, naquele momento e naquele caso em concreto, deverá prevalecer. Ainda, mais do que fazer um sopesamento, devem ser observados critérios de ponderação e observada a proporcionalidade. Isso é, deve-se analisar o grau de não aplicabilidade de um direito, motivado pelo grau de importância de aplicação do outro, decisão essa de fundamentação que transcende uma fundamentação baseada apenas no sopesamento e dogmas jurídicos, não se tratando, portanto, de um “tudo ou nada” do direito fundamental em colisão, mas sim de uma condição de preferência²¹.

Essa situação de ponderação de direitos fundamentais se configura na maioria dos casos em que o exercício da manifestação cultural envolve o uso de animais pelo grupo social que pratica os atos de cultura.

Em diversas situações em nosso país os animais foram, e ainda são, eventualmente, utilizados como objetos para o entretenimento humano.

O Superior Tribunal Federal possui precedentes conhecidos nos quais afastou a efetivação da garantia do direito de exercício de manifestação cultural de determinado grupo regional para fazer prevalecer a garantia do direito da coletividade de preservação da fauna brasileira, bem como de vedação a práticas de crueldade contra animais, aos quais passaremos a explorar a seguir.

5.1 Dos Precedentes do Superior Tribunal Federal Sobre o Tema

Na história e precedentes da nossa Corte Maior encontramos alguns julgados ligados à proteção jurídica dos animais, principalmente quando os animais estão envolvidos em práticas de manifestações culturais, direito este também garantido pela Constituição Federal.

Um dos mais conhecidos casos se trata da briga de galos. A prática era (e ainda é) considerada por muitas pessoas como um esporte, onde em um perímetro determinado, pessoas colocam galos (de raças determinadas) para brigar até a morte de um dos animais, sendo que, além de receberem treinamento, nos animais são incluídos “acessórios” de briga, como biqueira de aço e outros objetos.

Como já vimos, a Constituição Federal de 1988 garante a todos o meio ambiente

²¹ ROBERT, Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 1986. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Suhrkamp Verlag, 2006. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008. p. 170-173.

equilibrado como pressuposto de uma sadia qualidade de vida, vedando ainda a crueldade contra animais. Não obstante, apesar da garantia constitucional, a prática de briga de galos continuou de forma clandestina, sendo inclusive legislado pelo estado do Rio de Janeiro, a fim de permitir o acontecimento do suposto esporte.

Por certo a discussão chegou até o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1856, que foi julgada procedente.

No julgamento desta ADIN os ministros reconheceram que a prática resultava em impactos altamente negativos que representam comportamentos predatórios e lesivos à fauna, colocando em risco a sua função ecológica e provocando a extinção de espécies, além de submeter os animais a atos de crueldade, o que não pode prevalecer em detrimento da garantia constitucional de proteção a fauna²².

Sob a mesma fundamentação o Supremo Tribunal Federal decidiu a cerca da prática da Farra do Boi, que chegou até a Corte Suprema através do Recurso Extraordinário número 153531. A prática, que assim como a briga de galos ainda hoje acontece de forma clandestina, consiste em um costume regional do estado de Santa Catarina, onde os participantes soltam o animal em um local de perímetro determinado e, provocando e agredindo o animal com diversos objetos, fazem com que este persiga os participantes até que esteja tão exausto e machucado que não consiga se levantar.

Neste caso, diferentemente de como aconteceu com a briga de galos, a votação não foi unanime. Os ministros divergiram sobre até que ponto a prática, considerada até então como manifestação cultural, poderia causar sofrimento ao animal. Mas, por maioria dos votos restou decidido que a prática consiste em crueldade contra os animais e que representa afronta às garantias constitucionais²³.

A discussão mais recente encontra-se na prática da vaquejada, onde homens montados em cavalos perseguem o animal em um perímetro determinado e ganha aquele que conseguir derrubar o animal puxando-o pelo rabo, marcando pontuação apenas a dupla que fizer o boi cair com as quatro patas para cima e se isso ocorrer na área delimitada.

A prática da vaquejada foi regulamentada pela lei 15.299/2013 do estado do Ceará, que reconheceu o suposto esporte como manifestação cultural e patrimônio cultural imaterial. A lei foi sancionada pelo presidente Michel Temer.

Por óbvio a referida lei tornou-se objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade número

²² STF, notícias. **Lei fluminense que regula briga de galo é inconstitucional, decide STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=180541>>. Acesso em: 14.05. 2018

²³ STF, Jurisprudências. **Recurso Extraordinário nº 153.531** - Diário da Justiça – 13/03/1998. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185142&modo=cms>. Acesso em: 14.05. 2018

4983, ajuizada pelo Procurador Geral da República que demonstrou que a prática trata-se de patente ofensa à Constituição Federal no que tange a proteção e garantia de um meio ambiente equilibrado, pois tal situação trata-se de evidente prática de crueldade contra animais.

A respectiva ADIN foi instruída por diversas provas técnicas capazes de comprovar a crueldade contra os animais existente na prática que, por todas as circunstâncias envolvidas lesionam gravemente o boi, e não só de formas físicas, como acontece em rompimento de ligamentos do rabo do animal, mas também violam de forma mental, sendo que ao fim, com divergências, mas com maioria dos votos acompanhando o relator, a ADIN foi julgada procedente²⁴.

Não obstante, apesar de famosos precedentes da Corte Suprema contra a prática de crueldade contra animais no exercício de manifestações culturais e, mesmo após o Supremo Tribunal Federal ter conhecido a crueldade na prática de vaquejas, o senador Otto Alencar (PSD-BA)²⁵ propôs o projeto de Emenda à Constituição n° 50, de 2016, que prevê que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais.²⁶

A proposta legislativa foi aprovada e agora se trata da Emenda Constitucional 96/2017.

Contra a respectiva emenda foi proposta a ADIN 5728, que até o presente momento ainda não foi julgada. Não obstante, em que pese não tenha havida o julgamento ainda, é evidente que a Emenda Constitucional busca burlar a garantia constitucional de proteção ao meio ambiente, bem como violar a vedação às práticas que submetem os animais a crueldade, buscando inclusive se sobrepôr ao entendimento da Corte Suprema, sendo de tamanha inconstitucionalidade que é incabível crer que a Corte venha a se posicionar de forma contrária à qual vem se posicionando, como nos casos até então narrados. Certamente que, após o julgamento da ADIN destinada à discussão da inconstitucionalidade do reconhecimento da prática de vaquejada como manifestação cultural brasileira, os adeptos das práticas e os que possuem interesses financeiros, políticos, dentre outros, buscaram uma forma alternativa para regulamentar os supostos esportes e manifestações culturais, mas que não passam de uma tentativa de fraudar as intenções da nossa Carta Magna.

6 CONCLUSÃO

Conforme pudemos analisar no decorrer deste trabalho, a relação entre o homem e animal advém de tempos remotos e juntamente com a evolução intelectual e social do homem também

²⁴ STF, notícias. **STF julga inconstitucional lei cearense que regulamenta vaquejada**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>>. Acesso em: 14.05. 2018

²⁵ Senado Federal, atividade legislativa. **Proposta de Emenda à Constituição n° 50, de 2016** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>>. Acesso em: 14.05. 2018

²⁶ Senado Federal. Secretaria de Informação Legislativa. **EMENDA CONSTITUCIONAL N° 96**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=17703519&id=17703524&idBinario=17703528&mime=application/rtf>>. Acesso em: 14.05. 2018.

houve uma evolução no que diz respeito a proteção jurídica conferida aos animais pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, em que pese tenha existido uma evolução legislativa em favor dos animais, entendemos predominar hoje em nosso país uma posição fortemente antropocentrista, oportunidade em que pudemos clarificar que os animais são, portanto, objetos de direito do nosso ordenamento, protegidos para que, além de termos uma conduta ética ambiental adequada, tenhamos ainda garantida a sadia qualidade de vida que a Constituição Federal, em seu artigo 225, garante a todas as pessoas. Tal situação vem sendo confirmada por nossa Corte Maior em diversos precedentes, inclusive os que aqui foram citados a título de exemplo onde, ainda que exista o direito ao exercício e proteção de manifestações culturais, a proteção à fauna deve prevalecer.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Erika. **A Proteção da Fauna Sob a Ótica Constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

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

BRASIL. **Código das águas**. DECRETO Nº 24.643, DE 10 DE JULHO DE 1934. Rio de Janeiro, 1934.

DIAS, Edna Cardozo. **A Tutela Jurídica dos Animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GONCALVES, Sara Fernandes. **Utilitarismo, Deontologia Kantiana e Animais: Análise e Avaliação Críticas**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MIRALÉ, Édís . **Direito do Ambiente**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NAZO, Georgette N.; MUKAI, Toshio. **O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente**. Rio de Janeiro : Revista de Direito Administrativo, jan. 2001, v. 223, p. 75-104,. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48313>>. Acesso em: 07 Abr. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v223.2001.48313>.

OLIVEIRA, Micheline Ramos de; CARLETTO, Sheila; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **Um Olhar Antropológico Sobre o Especismo e Movimentos de Defesa dos Animais**. Revista Brasileira de direito Animal. Vol. 11, N 23, 2016 (set/dez 2016). Salvador: Evolução, 2006.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 1986. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Suhrkamp Verlag, 2006. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008

SALERT, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. Ed, ver, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008

Senado Federal, atividade legislativa. **Proposta de Emenda à Constituição nº 50**, de 2016
Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>>. Acesso em: 14.05. 2018

Senado Federal. Secretaria de Informação Legislativa. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 96**.
Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=17703519&id=17703524&idBinario=17703528&mime=application/rtf> >. Acesso em: 14.05. 2018.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Chicago: Chicago Tribune, 1989.

STF, notícias. **Lei fluminense que regula briga de galo é inconstitucional, decide STF**.
Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=180541>>. Acesso em: 14.05. 2018

STF, Jurisprudências. Recurso Extraordinário nº 153.531 - Diário da Justiça – 13/03/1998.
Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185142&modo=cms>. Acesso em: 14.05. 2018

STF, notícias. **STF julga inconstitucional lei cearense que regulamenta vaquejada**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>>. Acesso em: 14.05. 2018

TOLEDO, Maria Izabel. **A Tutela Jurídica dos Animais no Brasil e no Direito Comparado**.
Revista Brasileira de Direito Animal. Vol. 07, N 11 (jul/dez 2012). Salvador: Evolução, 2006, p. 209, ISSN 1809-9092. Disponível em:
<<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8428>>. Acesso em: 07 Abr. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v7i11.8426>.

A SELETIVIDADE PENAL NA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA: ANÁLISE DO CASO RAFAEL BRAGA VIEIRA

Débora Gonçalves TOMITA¹
Fernanda PRADO²

RESUMO

O presente estudo analisa a seletividade penal na criminalização secundária. Por meio do método dedutivo, e mediante pesquisas bibliográficas, faz uma breve consideração sobre a culpabilidade como elemento constitutivo do delito e como circunstância judicial de aplicação da pena. Em seguida, trata da seletividade do sistema penal. Por fim, comenta as duas condenações de Rafael Braga Vieira de acordo com os conceitos anteriormente apresentados.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade. Seletividade Penal. Caso Rafael Braga Vieira.

ABSTRACT

The present study analyzes the criminal selectivity in secondary criminalization. Through the deductive method, and through bibliographical research, it briefly considers guilt as a constituent element of the offense and as a judicial circumstance of punishment. Then, the criminal selectivity is studied. Finally, it comments the two Rafael Braga Vieira's condemnation according to the concepts previously presented.

KEY WORDS: Guilt. Penal Selectivity. Rafael Braga Vieira's Case.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito busca, constante e necessariamente, por um direito penal mínimo, restringindo-o às situações em que outros ramos do direito se mostrem incapazes de proteger os bens da vida relevantes e, por consequência, de propiciar a pacificação social.

Assim, o Estado, ao exercer esse controle social, por meio do Direito Penal e em nome do interesse público, deve fazê-lo como sua *ultima ratio* e de forma imparcial, a fim de legitimar seu poder punitivo e respeitar a concepção do homem como sujeito de direitos.

Ocorre que o sistema penal brasileiro tem inobservado princípios e garantias fundamentais, ao selecionar os sujeitos que se submeterão às normas e preceitos a ele inerentes.

Nesse sentido, o presente trabalho inicia-se com uma breve explicação acerca da culpabilidade, conceituando-a como elemento constitutivo do delito e como circunstância judicial de aplicação da pena.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná– UENP. Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Campus Jacarezinho – UENP. E-mail: debora.tomita@gmail.com

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Campus Jacarezinho – UENP. E-mail: fernandaa_pradoo@hotmail.com

A partir disso, e constada a ausência de critérios objetivos para a definição do referido instituto, são trazidas definições e consequências da seletividade penal, tanto na fase primária quanto na fase secundária de criminalização.

Por fim, estuda-se as Ações Penais nº 212057-10.2013.8.19.0010 e nº 0008566-71.2016.8.19.0001, ambas propostas em face de Rafael Braga Vieira, a luz dos conceitos previamente trazidos.

2 A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO DELITO E COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DE APLICAÇÃO DA PENA

De acordo com a teoria tripartida, o conceito analítico de crime compreende uma conduta típica, ilícita e culpável, sendo que esta última corresponde, em síntese, a reprovabilidade do agente que agiu ilicitamente, mesmo existindo a possibilidade de atuar conforme o ordenamento jurídico.

Assim, verificados os pressupostos antecedentes – tipicidade e ilicitude da ação ou omissão – passa-se a analisar a atuação no âmbito da (in) exigibilidade de conduta diversa, a fim de definir se o injusto praticado deve ser censurado ao agente.

Prado (2011, p. 464), ao diferenciar a conduta ilícita da culpável conforme o ensinamento de Hans Welzel, afirma que “Enquanto a ilicitude é um juízo de desvalor sobre um fato típico, a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo (poder do agente/resolução de vontade)”.

Nesse mesmo sentido, Pierangeli e Zaffaroni (2015, p. 539) explicam que

Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.

Referidos conceitos pressupõem a plena liberdade de escolha dos indivíduos e traduzem a ideia da culpabilidade normativa, estritamente ligada à capacidade de autodeterminação do sujeito. Assim, constado que o agente, ao praticar conduta típica e ilícita, poderia ter agido de acordo com o direito, referido ato criminoso deve ser individualmente reprovado ao autor, o que, conseqüentemente, legitima a aplicação da correspondente sanção penal (*nulla poena sine culpa*).

Esse entendimento implica, ainda, num exame do conteúdo da culpabilidade que não pode ser entendida unicamente como um juízo de reprovação.

Com efeito, Tavares (1980, p. 83), em análise a culpabilidade em Maurach, afirma que “ao invés de se reconhecer na culpabilidade um juízo de reprovação, se deve caracterizá-la como, basicamente, um juízo de desvalor pessoal”.

Baseado nisso, conclui que essa valoração deve ocorrer em duas etapas: a de responsabilidade pelo fato e a de culpabilidade propriamente dita (TAVAREZ, 1980). Por consequência, Tavares (1980, p.84) explica que

A responsabilidade pelo fato, também conhecida impropriamente com *atribuibilidade*, baseia-se no princípio da exigibilidade de outra conduta e se estende a qualquer pessoa que tenha realizado um conduta injusta (típica e antijurídica), desde que essa, em comparação com a média da coletividade em que vive, pudesse realizar uma atividade adequada ao direitos, segundo as condições normais de motivação.

[...]

Na *culpabilidade* propriamente dita compreendem-se a imputabilidade e a consciência potencial da antijuridicidade, aferidas individualmente pelas condições concretas do autor. A culpabilidade é, assim, inteiramente individualizada.

Tem-se, assim, a atual concepção normativa da culpabilidade.

Por estar essencialmente ligada à reprovabilidade da conduta ao autor, a culpabilidade, além de se constituir em elemento do crime, fundamenta e limita a pena, ao exercer relevante papel no momento de fixação da pena-base a ser imposta ao condenado.

Isso porque, o artigo 59 do Código Penal dispõe que o juiz deve observar as circunstâncias judiciais ali previstas, dentro das quais se insere a culpabilidade, para o fim de fixar a espécie e a quantidade de pena a ser aplicada, bem como o regime inicial de cumprimento e possível substituição por pena alternativa à privativa de liberdade, conforme necessidade e suficiência para atender às finalidades da sanção penal (reprovação e prevenção).

Dessa forma, Nucci (2013, p. 156) pontifica que

[...] quando se encontra no momento de fixar a pena, o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Exige-se do juiz a avaliação da censura ao crime destinada – o que, aliás, demonstra não incidir esse juízo somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu –, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida. Por isso, essa censura é o conjunto de todas as circunstâncias constantes do art. 59 do Código Penal.

Por sua vez, Pierangeli e Zaffaroni (2015, p. 738), ao defenderem que o juiz, no momento da primeira fase de imposição da pena, deve ordenar as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal à regra de proporcionalidade nele prevista (necessidade e adequação), esclarecem que

[...] os elementos anteriores devem ser considerados para a determinação do grau de reprovação do injusto, que pode ser corrigido a menor por considerações preventivas, isto é, pelos elementos de juízo necessários para o grau de culpabilidade (reprovação), que dariam por resultado um máximo razoável, mais uma correção que poderá diminuir a medida indicada pela culpabilidade, sempre que não seja necessário empregar toda a sua magnitude para obter a prevenção.

Se, de acordo com essa regra, entendemos que a medida da pena-base indica o grau de culpabilidade, e que as considerações preventivas permitem fixa-las abaixo desse máximo, isto nos permitirá fixar, de modo compreensível, os indicadores estabelecidos pelo art. 59 do CP. A culpabilidade abarcará tanto os motivos (é inquestionável que a motivação é problema da culpabilidade), como as circunstâncias e consequências do delito (que podem compor também o grau do injusto que, necessariamente, reflete-se no grau de culpabilidade).

Ocorre que a ausência de parâmetros objetivos para a constatação da culpabilidade, tanto

como elemento constitutivo do crime, quanto como limite para a fixação da pena, culmina na aplicação do direito penal apenas em face de certos indivíduos, prévia e presumidamente condenados pela sociedade, em razão de preconceções abstratas e da vinculação antidemocrática entre o direito penal e a moral.

Essa seletividade penal, além deslegitimar o poder de punir do Estado, na medida em que a finalidade da pena transcende as barreiras da reprovabilidade e da prevenção geral e especial do crime e passa a atuar como mero instrumento para a proteção de bens jurídicos pertencentes à parcela da sociedade que atende os interesses do atual sistema econômico brasileiro, ou seja, que possui significativo poder aquisitivo, viola os fundamentos, princípios e normas que constituem o Brasil num Estado Democrático de Direito.

Isto posto, passa-se ao estudo do sistema penal brasileiro, especialmente no que se refere à criminalização secundária.

3 A SELETIVIDADE PENAL

Inicialmente, é importante enfatizar que toda sociedade apresenta uma estrutura de poder em que, de um lado, há um grupo que domina e, de outro, há um setor que é dominado. E é este grupo, mais próximo do poder e do centro de decisão, o responsável por instrumentalizar o controle dos comportamentos coletivos de acordo com o que lhe convém.

Nesse sentido, esclarecem Pierangeli e Zaffaroni (2015, p. 62):

Deste modo, toda sociedade tem uma estrutura de poder (político e econômico) com grupos mais próximos e grupos mais marginalizados do poder, na qual, logicamente, podem distinguir-se graus de centralização e marginalização. [...] Essa “centralização-marginalização” tece um emaranhado de múltiplas e proteicas formas de “controle social” (influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo). [...] O âmbito do controle social é amplíssimo e, dada sua proteica configuração e a imersão do investigador no mesmo, ele nem sempre é evidente.

O controle social, assim, pode ser exercido por vários mecanismos, como a religião, a ética, a moral, os usos e costumes, a educação, o direito, e por diversos órgãos, como igreja, família, organizações, legislador, órgãos judiciários.

Dentre a amplitude de meios que o controle social pode se valer, destaca-se o sistema penal com sendo “a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo” (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2015, p. 70).

Chamamos de “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de “sistema penal” em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários da execução penal. (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2015, p. 70)

O sistema penal, desse modo, também exerce papel de efetivo controle social, constituindo-se não apenas como um simples conjunto de normas penais, mas também como um processo articulado em que atuam o legislador, a polícia, o Ministério Público, o Poder Executivo e o Judiciário.

Sendo assim, o processo de criminalização pode se dar em três direções: 1) a criminalização de condutas, que corresponde ao conjunto de atos que tem por objetivo selecionar determinada conduta que antes era lícita e passa a ser considerada ilícita, por meio da criação de uma lei penal; 2) a criminalização de indivíduos, que consiste nos procedimentos que levam a determinar que, praticados atos semelhantes, uma pessoa seja considerada delinquente e a outra não; e 3) a criminalização do desviante que compreende o estudo do processo de formação de carreiras criminais.

De forma bastante clara, pontua Alessandro Baratta (2002, p. 161) que

O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção das normas (criminalização primária), o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.

O primeiro nível, portanto, refere-se ao processo de criação das normas penais, a definição das condutas que devem ser criminalizadas, a escolha dos bens jurídicos protegidos, bem como a qualidade e a quantidade das penas.

Define-se a criminalização primária como “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI, et al., 2003, p. 43).

Uma determinada conduta ou ação conflitiva, dessa forma, só é considerada delito quando prevista na lei penal (princípio da legalidade). Há condutas, todavia, que mesmo sendo consideradas imorais ou indesejáveis não abrem possibilidade para uma solução penal. Nucci (2011, p. 69-70) ensina que, para que certa conduta seja tipificada pelo direito penal, o ordenamento jurídico elege bens tutelados pelo Direito

[...] como indispensáveis à vida em sociedade, merecendo proteção e cuidado. A partir dessa escolha, o bem se transforma em bem jurídico. Dos mais simples aos mais complexos; dos inerentes à natureza humana às criações alternativas da vida moderna; dos ligados à dignidade humana aos vinculados a puros interesses materialistas; todos os bens jurídicos gozam do amparo do Direito. Os mais relevantes e preciosos atingem a tutela do Direito Penal, sob a ótica da intervenção mínima.

Sendo assim, as normas de direito penal caracterizam-se pela proteção daqueles bens jurídicos mais relevantes para determinada sociedade, considerando seu caráter subsidiário em relação aos demais ramos do direito.

Ocorre que, ao longo da história, verifica-se que a escolha dos comportamentos lesivos, bem como dos bens jurídicos protegidos sempre procurou privilegiar um grupo dominador, dispensando tratamentos distintos entre os indivíduos. Na sociedade moderna e capitalista, principalmente, resta evidente um sistema penal marcado pela desigualdade e caracterizado por órgãos que atuam de forma seletiva e discriminatória, quando privilegiam determinadas classes em detrimento de outras. Nesse sentido,

O direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isso ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder (BARATTA, 2002, p. 165).

O processo de criminalização primária representa, assim, a primeira fase da distribuição seletiva e desigual, quando, ao selecionar os bens jurídicos que pretende defender, atinge as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais marginalizados. Sendo assim,

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminoso” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído (BARATTA, 2002, p. 165).

Outro fator que contribui para que os representantes editem normas discriminatórias é a baixa participação dos cidadãos nas organizações representativas dos diversos grupos sociais.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p. 25), pode-se verificar que

o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social primitivo.

Dessa forma, os órgãos do sistema penal exercem seu poder sobre os setores mais carentes da população, refletindo uma cultura individualista e dominadora que utiliza como pretexto o controle social.

Considerando a discricionariedade de atuação que os operadores do controle formal possuem, verifica-se o poder seletivo já na primeira instância do processo de criminalização, realizado pela polícia. Isso porque ela será a responsável por realizar a primeira seleção dos casos

que serão investigados e entrarão no sistema penal. “Na realidade, tem maior poder seletivo dentro do sistema penal a polícia do que o legislador, pois esta opera mais diretamente sobre o processo de ‘filtração’ do sistema” (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2015, p. 72).

Não obstante a criminalização primária implique num primeiro passo seletivo, a seleção se efetua, concretamente, com a criminalização secundária.

Dessa forma, a segunda etapa de investigação refere-se ao processo de criminalização secundária, realizado por meio da aplicação das normas penais pela polícia, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, os quais serão responsáveis por determinar aqueles que são vulneráveis a este sistema de criminalização criado abstratamente.

Portanto, a criminalização secundária é

a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ZAFFARONI et al., 2003, p. 43).

Verifica-se que o processo de criminalização secundária acentua ainda mais o caráter seletivo do direito penal (BARATTA, 2002, p. 165). Isso porque o *status* criminal é atribuído, na maior parte das vezes, de acordo com imagens, estereótipos e preconceitos existentes nos agentes do controle formal.

Nas palavras de Zaffaroni (2003, p. 46):

Orientada pelo poder dos “empresários morais”, a criminalização secundária realiza-se também com limitações operativas, influenciando a seleção. Com inegável violação ao princípio da igualdade, a criminalização secundária, em regra, seleciona as pessoas que causem menos problemas, em termos de acesso ao poder político e econômico. Esses selecionados serão considerados os únicos delinquentes, alimentando um estereótipo no senso comum, com componentes de classe social, etnia, idade, gênero e até aparência estética, que acaba por se tornar o principal critério seletivo da criminalização secundária.

Desse modo, uma classe dominante, que se mantém na hegemonia do processo de seleção e perseguição da criminalidade, estabelece um perfil dos indivíduos capazes de cometer atos ilícitos. Tal “parâmetro” recai precipuamente sobre os setores mais carentes da população. É a criminalização conforme o estereótipo, como esclarece Zaffaroni (2003, p. 49):

A correspondência com um estereótipo criminal coloca a pessoa em situação de vulnerabilidade, ou seja, em posição concreta de risco criminalizante e o “estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com o estereótipo for maior ou menor (ZAFFARONI et al., 2003, p. 49).

É importante salientar que, das condutas criminosas previstas na legislação, nem todas chegam ao conhecimento das instâncias oficiais de controle, que compõem o processo de criminalização. Desses atos que chegam ao conhecimento, é realizada uma nova seleção no processo de criminalização secundária. E dessas condutas, uma parcela menor ainda será

considerada como crime e o indivíduo etiquetado como criminoso, sofrendo os efeitos da passagem pelo sistema prisional. Tal afunilamento acarreta graves consequências, como apontado por Vera Andrade (2003, p.264-265):

Dessa forma, as estatísticas criminais, como baseadas apenas na criminalidade identificada e perseguida e, pois, nos resultados da criminalização, falsearam a distribuição da criminalidade nos grupos sociais e distorceram as teorias da criminalidade baseadas nesta distribuição, chegando-se a afirmar que a criminalidade estaria relacionada a fatores como pobreza, por exemplo, ou a outros estereótipos. Pobres têm, na verdade, não maior tendência a delinquir, mas de serem criminalizados.

Assim, fica demonstrado que não são todos igualmente vulneráveis, porque o sistema penal se orienta por preconceitos e estereótipos que permeiam os setores mais humildes da sociedade. O processo de marginalização, na maioria das vezes, inicia-se já na infância, quando direitos como saúde, educação, moradia e cultura são negados ao indivíduo. Dessa forma, tanto os órgãos investigadores, como os órgãos judicantes procuram a criminalidade nesses estratos sociais de onde é comum prover. Da mesma maneira, pontua Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p. 246):

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o “bom candidato” é escolhido a partir de um estereótipo), mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se “explicaria” funcionalmente).

A segunda instância do processo de criminalização é o Ministério Público, que é responsável pelo arquivamento ou acusação após realizadas as investigações feitas pela polícia.

Por fim, tem-se como última instância do controle penal o Poder Judiciário, a quem incumbe determinar e valorar os fatos, qualificar e determinar a medida da pena.

Em todas as instâncias do processo de criminalização, verifica-se que tanto a polícia, como o promotor ou o juiz, fazem escolhas perante o caso concreto, sofrendo influências éticas, morais, religiosas, bem como do senso comum sobre criminalidade para tomar as respectivas decisões. Ademais, é nítido o distanciamento existente entre os setores de controle penal e o acusado. Tudo isso reflete, sistematicamente, nas decisões, que resultam de estereótipos e preconceitos inerentes ao sistema penal, prejudicando os estratos inferiores da população. Alessandro Baratta (2002, p. 177-178) posiciona-se no mesmo sentido, ao defender que

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face dos indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados (...) Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores.

Basta analisar a situação das prisões, especialmente de países periféricos, como o Brasil, para perceber o cárcere marcado pela predominância de jovens negros e pobres, que cometeram infrações contra o patrimônio ou pela venda de pequenas quantidades de drogas. Tais características são resultados de um sistema penal que, embora realize uma prévia seleção de condutas criminalizáveis, seleciona, de fato, pessoas para criminalizar, de acordo com a classe ou posição social. Zaffaroni (2013, p. 314) também faz semelhante constatação, ao afirmar que

A população de nossas prisões é composta, em sua maioria, de infratores contra a propriedade e de pequenos traficantes de tóxicos proibidos. (...) A carne da prisão, aquele que retorna uma e outra vez até que sai do estereótipo por idade, é em nossa região o delinquente contra a propriedade e o pequeno comerciante de tóxicos ou as mulas usadas por terceiros.

De igual forma, Sérgio Adorno (1995, p. 47-48) ensina que

Em todos esses estudos, há consenso quanto aos efeitos discriminatórios provocados pelo funcionamento das agências encarregadas de conter a criminalidade: a intimidação policial, as sanções punitivas e a maior severidade no tratamento dispensado àqueles que se encontram sob tutela e guarda nas prisões recaem preferencialmente sobre "os mais jovens, os mais pobres e os mais negros". São estes os grupos justamente desprovidos das imunidades que costumam beneficiar com menor rigor punitivo cidadãos procedentes das classes médias e elevadas da sociedade envolvidos em crimes, até mesmo em complexas organizações criminais, como aponta a literatura especializada internacional.

Frise-se, contudo, que inexistem estudos que evidenciem uma maior inclinação dos negros para o cometimento de crimes em comparação aos brancos. O que demonstra que tal preconceito social e cultural compromete, profundamente, a neutralidade dos julgamentos e o desfecho processual. No mesmo sentido, pontua Adorno (1995, p. 49-50):

Não é incomum acreditar-se que o crime é determinado biologicamente e que certas "raças" manifestam inclinação preferencial para cometer infrações penais e para elaborar uma "carreira moral" na delinquência. Em particular, cidadãos negros aparecem no imaginário coletivo como potencialmente criminosos. Reputam-lhes atributos físicos e culturais que os tornam por excelência suspeitos de serem responsáveis pelo crescimento da criminalidade urbana violenta. No Brasil, o substrato dessas crenças repousa em raízes histórico-culturais. Desde a colônia, os proprietários de escravos africanos julgavam-lhes "preguiçosos, corruptos e imorais". No curso do século XIX, juízos de valor desta espécie vieram alimentar inquietações das elites políticas que, preocupadas com a inserção deste país nos rumos do progresso e do desenvolvimento capitalista em marcha na Europa ocidental e nos Estados Unidos, buscaram nas ideologias raciais um lenitivo para seus dilemas.

E prossegue,

Nada indica que negros manifestem uma inclinação preferencial para o crime; ao contrário, parecem mais vulneráveis ao alvedrio e à vigilância policiais. Os rigores da detenção arbitrária, a maior perseguição e intimidação, a maior presença de agentes policiais nas habitações coletivas onde residem cidadãos procedentes das classes populares, tudo isso contribui para que negros sejam alvo preferencial do policiamento repressivo, como aliás intuíram não poucos estudiosos (ADORNO, 1995, p. 55).

Sob esta perspectiva, resta evidente que diretos como o acesso a uma ordem jurídica justa e isonômica, na maioria das vezes, são cerceados aos negros, colocando-os à mercê da arbitrariedade policial e dos procedimentos judiciais, o que torna essas pessoas mais vulneráveis à sanção punitiva.

Os ensinamentos de Adorno caminham na mesma direção (1995, p. 63):

Tudo parece indicar, portanto, que a cor é poderoso instrumento de discriminação na distribuição da justiça. O princípio da equidade de todos perante às leis, independentemente das diferenças e desigualdades sociais, parece comprometido com o funcionamento viesado do sistema de justiça criminal.

Dessa maneira, ao punir certos comportamentos e pessoas, o sistema penal permite que outras condutas praticadas por indivíduos das classes dominantes, como os crimes praticados por detentores de poder, fiquem imunes ao processo de criminalização. Tamanha parcialidade contribui para a ineficiência do controle de criminalidade e a debilidade do sistema de justiça criminal.

Resta evidente, portanto, que o sistema penal fere o princípio da igualdade quando distribui o *status* de criminoso de forma desigual entre os indivíduos.

4 CASO RAFAEL BRAGA VIEIRA

Analisada a culpabilidade como elemento constitutivo do crime e como circunstância judicial de aplicação da pena, bem como as problemáticas intimamente ligadas a esses conceitos, das quais decorre uma seletividade penal, principalmente em razão da abstratividade característica do conteúdo que integra as definições de culpabilidade, torna-se imperiosa a demonstração prática dos enunciados expostos.

Por isso, o presente capítulo destina-se ao estudo dos autos nº 0212057-10.2013.8.19.0010, da 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ e nº 0008566-71.2016.8.19.0001, da 39ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, nos quais Rafael Braga Vieira foi denunciado e condenado pela prática de posse de artefato incendiário e tráfico de drogas, respectivamente.

4.1 Condenação de Rafael Braga Vieira pela Posse de Artefato Incendiário

Em 25 de junho de 2013, Rafael Braga Vieira foi denunciado pela prática, em tese, da conduta tipificada no artigo 16, p. ú., inciso III, da Lei nº 10.826/03, já que, segundo a peça acusatória, na data de 21 de junho de 2013, Rafael “portava dois frascos contendo substância inflamável com pedaços de pano presos em seu bocal, conhecidos como ‘coquetel molotov’, sem autorização e em desacordo (sic) com determinação legal e regulamentar” (autos nº 0212057-10.2013.8.19.0010, 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 02-02B).

O Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro descreveu, ainda, conforme auto de prisão em flagrante, que Rafael foi detido por policiais civis, no momento em que ocorriam manifestações populares contra o Estado, logo após sair de um estabelecimento comercial localizado em frente à Delegacia da Criança e Adolescente Víctima (DCAV), portando dois artefatos incendiários em suas mãos.

O artigo 16, p. ú., inciso III, da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) dispõe que incorre nas mesmas penas previstas para a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito aquele que “possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Por se tratar de norma penal em branco, referido estatuto é regulamentado pelo Decreto nº 3.665/2000, que “Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105)”.

Trata-se de tipo misto alternativo, bastando a prática de uma das condutas ali previstas (possuir, detiver, fabricar ou empregar) para a configuração do delito. A expressão “artefato explosivo ou incendiário” também integra a tipicidade objetiva do crime.

Com base nisso, após recebida a denúncia, determinou-se a realização de perícia nas duas garrafas apreendidas com Rafael Braga Vieira, a fim de esclarecer a natureza e as características do material contido nas supostas bombas caseiras.

Em cumprimento ao comando judicial, foi apresentado o Laudo Técnico nº 267/EA/2013, que assim concluiu:

[...] 01 – Trata-se efetivamente de 02 (dois) engenhos de fabricação caseira, confeccionados com uma garrafa plástica incolor, com tampa, de cor amarela, com a inscrição no rotulo (sic) da garrafa, “pinho Minuano”, contendo em seu interior 400 (quatrocentos) ml de um líquido de aspecto incolor, inflamável, identificado como etanol; e o outro frasco na cor verde, com tampa, de cor branca, com a inscrição no rotulo (sic) da garrafa “água sanitária BARRA”, contendo em seu interior 600 (seiscentos) ml de um líquido na cor branca, não inflamável, identificado como água sanitária, ambas (sic) dotados com mechas ignitoras, denominadas pavio.

02 – No estado em que este material se encontra, está apto a ser acionado (por chama) e lançado, porém com mínima aptidão par funcionar como “*coquetel molotov*”.

03 – Pode ser utilizado com eficácia na prática de crimes como arma de coação, intimidação ou ser acionado e lançado contra populares ou forças policiais, apresentando, contudo, ínfima possibilidade de funcionar como “*coquetel molotov*”.

04 – O etanol encontrado dentro de uma das garrafas pode ser utilizado como combustível em incêndios, com capacidade para causar danos materiais, lesões corporais e o evento morte. [...]

(autos nº 0212057-10.2013.8.19.0010, 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 70-72)

Realizada a audiência de instrução e julgamento e apresentadas as alegações finais, o juiz de primeiro grau julgou totalmente procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o réu Rafael Braga Vieira como incurso nas penas do artigo 16, p. ú, inciso III, da Lei nº 10.826/03.

Para tanto, considerou que

[...] A materialidade restou comprovada de forma inequívoca pelo Registro de Ocorrência de fls. 05/05v, pelo auto de apreensão de fls. 21, pelo laudo técnico de exame do material acostado às fls. 70/72, e pelo relato das testemunhas, em Juízo, descrevendo e pormenorizando toda a dinâmica delitiva.

A autoria, por sua vez, pôde ser haurida do seguro reconhecimento do acusado em Juízo, pelos dois policiais civis que efetuaram a prisão, bem como da versão apresentada pelo réu em seu interrogatório, indicando que era realmente ele quem portava as garrafas, não deixando a menor dúvida, em face da clareza e segurança das provas, de que foi o réu quem

praticou o crime, nos termos da denúncia. [...] (autos nº 0212057-10.2013.8.19.0010, 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 122-123)

Ainda em análise a efetiva prática da conduta criminosa imputada ao Rafael, o juiz singular entendeu que

[...] as circunstâncias em que ocorreu a prisão, ou seja, enquanto ocorria uma enorme manifestação popular, com concentração aproximada de 300 mil pessoas na Avenida Presidente Vargas, conforme amplamente divulgado na mídia, e no mesmo dia em que ocorreu confronto com as Forças Policiais, deixam claro que o intento do réu não seria outro senão o de proceder ao incêndio de qualquer objeto ou pessoas. (autos nº 0212057-10.2013.8.19.0010, 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 125)

Na primeira fase de dosimetria da sanção, dentre outras circunstâncias judiciais, afirmou-se a existência de “culpabilidade exacerbada”, já que “a utilização do material incendiário, no bojo da tamanha aglomeração de pessoas, é capaz de comprometer e criar risco considerável à incolumidade dos demais participantes [...]”. Desse modo, a pena-base foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Ao final, considerando a reincidência do réu, a pena foi elevada para 5 (cinco) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida, inicialmente, no regime fechado (autos nº 0212057-10.2013.8.19.0010, 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 126-127).

No mesmo sentido foi a decisão proferida em segundo grau, que, mantendo a condenação de Rafael Braga Vieira pela prática do crime tipificado no 16, p. ú., inciso III, da Lei nº 10.826/03, apenas reduziu a pena para 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, ao afastar a circunstância judicial de “culpabilidade exacerbada”, por estar “desprovida de fundamentação concreta específica e pontuada” (autos nº 0212057-10.2013.8.19.0010, 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 279-312).

Destacados os momentos processuais relevantes para o presente o estudo, torna-se importante consignar, uma vez mais, que integra a tipicidade objetiva da conduta delitiva prevista no art. 16, p. ú., inciso III, da Lei nº 10.826/03 a expressão “artefato explosivo ou incendiário”. Assim, nos termos da denúncia oferecida em face de Rafael Braga Vieira, sua condenação apenas seria devida se enquadrada no tipo penal, ou seja, as provas constantes nos autos precisariam demonstrar o porte de efetivo artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em que pese o crime tipificado no art. 16, p. ú., inciso III, da Lei nº 10.826/03 ser entendido pela jurisprudência como crime de mera conduta, sendo irrelevante a comprovação da potencialidade lesiva do artefato incendiário, já que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo é a segurança pública e a paz social (RECURSO ESPECIAL Nº 1.350.196 - MG (2012/0148869-9) para a caracterização do crime, necessária a demonstração de que o réu portava, de fato, objeto qualificado como incendiário.

De acordo com Delmanto, et al. (2008, p. 658), artefato explosivo e artefato incendiário não são expressões sinônimas, sendo que

Artefato significa qualquer objeto manufaturado ou peça [...]. Explosivo, por sua vez, é todo tipo de matéria que, quando incendiada, sofre decomposição muito rápida em produtos mais estáveis, com grande liberação de calor e desenvolvimento súbito de pressão (inciso LI do art. 3º do Decreto nº 3.665/00. Incendiário é aquilo que comunica fogo a alguma coisa; que é próprio para incêndio (idem). *Artefato explosivo* é, portanto, todo objeto que tem por objetivo causar explosão, enquanto *artefato incendiário* é todo objeto que se destina a causar fogo ou incêndio em alguma coisa.

Ocorre que, apesar da inexistência de provas suficientes quanto à caracterização dos objetos apreendidos com Rafael Braga Vieira como artefatos incendiários, sendo que a perícia chegou a concluir que em uma das garrafas sequer continha produto inflamável, o Judiciário reconheceu a materialidade delitiva da conduta.

A conclusão de que o etanol encontrado em uma das garrafas pode ser utilizado como combustível em incêndios é insuficiente para a comprovação de que Rafael Braga Vieira portava artefato inflamável, nem constitui elemento objetivo do tipo previsto no art. 16, p. ú., inciso III, da Lei nº 10.826/03. De igual modo, a mera prova testemunhal utilizada para reconhecer a materialidade do crime é inadequada, já que para se demonstrar que certo objeto possui propriedade inflamável é imprescindível conhecimento especializado.

Registra-se, ainda, que o juiz singular considerou, na primeira fase de dosimetria da pena, a existência de culpabilidade exacerbada na conduta de Rafael Braga, considerando que a utilização de material incendiário durante as manifestações populares compromete e cria risco considerável à incolumidade dos participantes, ou seja, o magistrado utilizou como fundamento para aplicação de pena-base acima do mínimo legal fato que sequer foi demonstrado no processo e imputado na denúncia (**utilização** de artefato incendiário).

Presumiu-se, ainda, de maneira genérica, a nítida intenção de Rafael Braga Vieira de incendiar objetos ou pessoas diante das circunstâncias concretas do fato, o que também justificou o agravamento da pena-base, inclusive em sede de apelação.

4.2 Condenação de Rafael Braga Vieira por Tráfico de Drogas

Em 29 de janeiro de 2016, Rafael Braga Vieira foi denunciado pela suposta prática da conduta tipificada nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/2006, já que, segundo a peça acusatória, na data de 12 de janeiro de 2016, Rafael

trazia consigo, com finalidade de tráfico, 0,6 g (seis decigramas) da substância entorpecente *Cannabis Sativa L.*, acondicionados em uma embalagem plástica fechada por nó, bem como 9,3 g (nove gramas e três decigramas) de *Cocaína (pó)*, distribuídos em 06 cápsulas plásticas incolores ostentando as inscrições “PÓ 20/ RAJADÃO PH”, 02 cápsulas incolores e 02 embalagens plásticas fechadas por grampo, contendo a inscrição “CV-RL/PÓ

3/COMPLEXO DA PENHA”I, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (autos nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 02-02B).

Imputou-se também ao denunciado a prática da conduta prevista no art. 35 da Lei nº 11.343/06, por, teoricamente, estar “associado a outros indivíduos não identificados, todos subordinados à facção criminosa que domina o tráfico de drogas na comunidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06” (autos nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 02 a 02B).

Por consequência, realizou-se o exame pericial das substâncias apreendidas (fls. 99-100), bem como audiência de instrução e julgamento (fls. 249-250) com a posterior prolação de sentença que julgou procedente a denúncia (fls. 356-382), para o fim de condenar Rafael Braga Vieira como incurso nas sanções dos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06.

Fundamentou-se a demonstração da materialidade da conduta tipificada no art. 33 da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas) por meio do laudo toxicológico, da prova testemunhal e, ainda, considerando que

[...] a localidade em que se deu a apreensão do material de fls. 12 e 13 (vide laudo de exame entorpecente às fls. 99/100), mais precisamente conhecida como “sem terra”, no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, no Bairro da Penha, nesta cidade é dominada pela facção criminosa “Comando Vermelho”, conhecida organização criminosa voltada a narcotraficância.

Neste sentido, verifica-se que as várias embalagens das substâncias entorpecentes apreendidas (vide fls. 99/100), ostentavam inscrições fazendo menção à facção criminosa “CV”, ou seja, “Comando Vermelho”.

Acrescente-se que as substâncias entorpecentes apreendidas já se encontravam devidamente fracionadas, prontas para a mercancia. Somando-se as circunstâncias que envolveram a prisão do acusado, onde segundo relato dos policiais que efetuaram a prisão do réu e a apreensão do material entorpecente, o local é conhecido como ponto de venda de drogas.

Por consequência, levando-se em conta a quantidade de droga apreendida, forma de acondicionamento e local da apreensão, resta inquestionável que a substância entorpecente destinava-se a traficância, portanto, não tenho qualquer dúvida quanto à adequação do fato ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei de Tóxicos (autos nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 360-361).

De igual modo, quanto ao crime de associação para fins de tráfico, entendeu-se que a “materialidade delitiva é cristalina desde a prisão em flagrante do acusado”, sendo que

[...] a posse do material entorpecente (maconha e cocaína) embalado em saco plástico (vide laudo de exame de entorpecente de fls. 99/100), fracionado, inclusive, contendo inscrições “CV”, que sabidamente destinava-se à venda, **evidencia a estabilidade do vínculo associativo com a facção criminosa “COMANDO VERMELHO” que controla a venda de drogas no local dos fatos.**

Ademais, **com o réu houve a apreensão de um rojão (fl. 17), sendo certo que no momento da prisão em flagrante do réu RAFAEL BRAGA, conforme relato dos próprios policiais neste Juízo, havia inúmeros elementos que se evadiram.**

Dessa forma, restou inequívoca a estabilidade do vínculo associativo para a prática do nefasto comércio de drogas, sendo certo que a facção criminosa “Comando Vermelho” é quem domina a prática do tráfico na localidade conhecida como “sem terra”, em que o réu foi preso, situada no interior da Vila Cruzeiro. Por outro lado, a regra de experiência comum permite concluir que a ninguém é oportunizado traficar em comunidade sem

integrar a facção criminosa que ali pratica o nefasto comércio de drogas, sob pena de pagar com a própria vida.

Portanto, não poderia o réu atuar como traficante no interior da Comunidade Vila Cruz, sem que estivesse vinculado à facção criminosa "Comando Vermelho" daquela localidade (autos nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 376-377).

No momento de dosimetria, as penas-bases foram fixadas acima do mínimo legal, em razão de maus antecedentes, motivos, circunstâncias e consequências do crime e, ao final, a pena aplicada foi de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 1.687 (um mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa, diante da reincidência do réu, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado (autos nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 378-380).

Em face da referida decisão, foi interposto recurso de Apelação pela defesa ao qual se negou provimento (autos nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, fls. 755-785), pendendo de julgamento Embargos Infringentes e de Nulidade.

A ausência de critérios objetivos para a diferenciação de tráfico e de porte de drogas, somada às condições sociais de Rafael Braga Vieira demonstram a seletividade penal, principalmente na criminalização secundária. A localidade da prisão e a situação socioeconômica do réu foram importantes fatores utilizados para fundamentar sua condenação.

Os casos citados refletem a defendida seletividade do sistema penal, sendo que

O sistema penal, em um significativo número de casos, especialmente em relação aos delitos patrimoniais – que são a maioria –, promove condições para a criação de uma carreira criminal. Particularmente, dentre as pessoas originárias das camadas mais humildes da sociedade, o sistema seleciona aqueles que, tendo caído em uma primeira condenação, surgem como bons candidatos a uma segunda criminalização, levando-os ao ingresso no rol dos desviados, como resultado do conhecido fenômeno psicológico do ‘bode expiatório’. Induvidosamente, isto constituiu uma inqualificável violação dos Direitos Humanos, e o sistema penal, ao insistir com a pena, nada mais faz do que engrossar esse rol, e até leva o indivíduo à destruição”. (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2015, p. 75).

A reversão dessa situação impõe a adoção de critérios neutros e desapassionados especialmente no momento de aplicação da lei penal ao caso concreto, já que cabe ao juiz, em razão da teoria finalista, definir os propósitos do agente com a prática da conduta criminosa. Nesse sentido,

Para limitar a irracionalidade da violência seletiva, a agência judicial deve pautar seu plano decisório na exigência de requisitos objetivos. Para que esta exigência de dados objetivos resulte minimamente racional, tais dados devem ser selecionados de acordo com algum fundamento antropológico ou, pelo menos, não recusar uma base antropológica; por isso, não deve tomar como dados limitadores ou reguladores outras coisas que não seja uma conduta ou ação do criminalizado. Qualquer outro dado resultaria contrário ao conceito de homem como pessoa e, por conseguinte, claramente antijurídico”. (ZAFFARONI, 1991, p. 249).

Todavia, enquanto questões sociais e econômicas forem definitivas para estabelecer a

culpabilidade do autor, princípios como os da legalidade e da igualdade e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, continuarão sendo violados por um ilegítimo poder de punir estatal.

5 CONCLUSÃO

A partir do estudo da culpabilidade e da seletividade penal, bem como da análise das condenações de Rafael Braga Vieira, constata-se a arbitrariedade seletiva do sistema penal, quando privilegia uma classe dominante, que exerce seu poder sobre os setores mais carentes da sociedade, desde o processo de seleção da criminalidade até sua perseguição pelos órgãos judicantes.

Tal atuação do poder punitivo do Estado resulta em cárceres permeados de jovens negros e pobres, fruto de um preconceito social e cultural. Restou evidente, todavia, que o comportamento do delinquente se distribui por todos os grupos sociais, independente de raça ou posição social.

Com o fim de se conferir legitimidade e credibilidade ao Direito Penal, as entidades que envolvem essa esfera punitiva do Estado precisam, além de punir o indivíduo que rompe com os laços do ordenamento jurídico, desenvolver medidas que evitem a reincidência criminosa, recuperem o transgressor e inibam a prática de infrações penais, de forma geral, justa e isonômica.

Entretanto, a sistematização penal é utilizada como instrumento de proteção dos bens jurídicos pertencentes aquela parcela da sociedade que detém maior poder de influência dentro da sociedade moderna e capitalista. Conseqüentemente, selecionam-se certos indivíduos a serem submetidos ao poder de punir do Estado, seja no momento de elaboração da norma penal, seja na sua aplicação ao caso concreto, com base, exclusivamente, em imagens, estereótipos e preconceitos.

Assim, a inexistência de critérios objetivos para o reconhecimento da culpabilidade; a vinculação antidemocrática entre o direito penal e a moral e os estereótipos defendidos pela sociedade e valorados pelo julgador, ao reconhecer a prática delitiva e fixar a respectiva pena, demonstram a citada ilegitimidade do sistema penal brasileiro, empregado como meio de discriminação de sujeitos previamente definidos como criminosos pela coletividade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.350.196. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 28 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Autos nº 0212057-10.2013.8.19.0010. Autor:

Ministério Público do Rio de Janeiro. Réu: Rafael Braga Vieira. Rio de Janeiro, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Autos nº 0008566-71.2016.8.19.0001. Autor: Ministério Público do Rio de Janeiro. Réu: Rafael Braga Vieira. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado DE Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **A questão criminal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: CONTROLE JURISDICIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Bruna Camila da SILVA¹

Fernanda Heloisa Macedo SOARES²

RESUMO

O presente trabalho trata da Audiência de Custódia e a sua função no controle da jurisdição nos casos de prisão em flagrante. Busca com isso aprofundar o conhecimento sobre o tempo, bem como ainda, o debate para aperfeiçoar os mecanismos encontrados no referido instituto. Desta forma, o artigo em questão se preocupa em analisar as questões históricas do sistema punitivo, a previsão da custódia nos tratados e convenções internacionais, sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro bem como as vantagens e desvantagens do instituto segundo argumentação de juristas nacionais. Para tanto, a presente pesquisa a ser realizada neste trabalho pode ser classificada como aplicada, pelo objeto, a análise se baseará por meio de pesquisas bibliográficas, de livros, artigos ou websites que tratam do tema de forma respeitosa., o método de pesquisa será dedutivo e qualitativo a abordagem se dará de maneira exploratória que busca o conhecimento do problema, expondo o mesmo. Com base a explanação do presente, pode-se se concluir que o instituto da audiência de custódia é meio inovador no cenário punitivo brasileiro, ainda que sua previsão seja antiga. A empregabilidade da custódia no Brasil é meio de promover os direitos fundamentais e ainda os Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de Custódia, Prisão em Flagrante, Controle Jurisdicional.

ABSTRACT

The present work deals with the Hearing of Custody and its function in the control of the jurisdiction in the cases of red flag jail. It seeks to deepen the knowledge about the time, as well as the debate to perfect the mechanisms found in said institute. In this way, the article in question is concerned with analyzing the historical issues of the punitive system, the prediction of custody in the treaty and international conventions, its reception in the Brazilian legal system as well as the advantages and disadvantages of the institute according to the argument of national jurists. Therefore, the present research to be carried out in this work can be classified as applied, by the object, the analysis will be based on bibliographical research, books, articles or websites that treat the subject in a respectful way. deductive and qualitative approach will be given in an exploratory way that seeks the knowledge of the problem, exposing the same. Based on the present explanation, it can be concluded that the custody hearing institute is innovative in the Brazilian punitive scenario, even if its prediction is old. The employability of custody in Brazil is a means of promoting fundamental rights and human rights.

¹ Acadêmica de Direito da Faculdade Evangélica de Goianésia. Estagiária do Ministério Público do Estado de Goiás - Comarca de Goianésia.

² Bacharel em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002), atual mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Possui Especialização lato sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2004). Foi bolsista CAPES. Mestre em Direito, área de concentração Teoria do Direito e do Estado, pelo Centro Universitário Eurípides de Marília ? UNIVEM (2010). Advogada e Professora Universitária, natural de Pompéia, vem se dedicando a educação jurídica desde 2010, publicou vários artigos em revistas jurídicas e congressos. Exerceu a função de Coordenadora do Curso de Direito durante 4 (quatro) anos na Faculdade de Sinop/MT (FASIP). Atua como docente nas disciplinas de Direito Civil e Processual Civil na Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), é orientadora de Trabalhos de Conclusão de Curso e coordenadora de Projeto de Iniciação Científica, além de ter integrado o corpo docente de professores orientadores do Núcleo de Prática Jurídica da referida IES. Atualmente, também, é Coordenadora de Extensão e Cultura da Faculdade Evangélica de Goianésia - FACEG.

KEY WORKS: Custody Hearing, Flagrant Prison, Jurisdictional Control.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade justificar a empregabilidade da audiência de custódia no processo penal brasileiro. Tal instituto, previsto na convenção americana de direitos humanos estipula em seu artigo 7.5 que todo preso deve ser encaminhado a autoridade judicial em tempo hábil após sua prisão.

No Brasil, tal instituto não fora utilizado durante longos anos e só em 2015 é que começou a ser empregado nos tribunais de São Paulo. A CADH fora ratificada pelo nosso país em 1992, entretanto sua empregabilidade não se efetivou de imediato.

Será abordado no presente, os pontos positivos e negativos da empregabilidade da audiência de custódia, suas vantagens e deficiências, buscando desta maneira a compreensão expansiva da matéria analisada à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, a presente pesquisa a ser realizada neste trabalho pode ser classificada como aplicada, pois objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática do conteúdo alvo de pesquisa ao passo que envolve a realidade de uma localidade específica, qual seja o Brasil. Não é possível analisar o todo, mas as regras norteadoras, os conceitos e a evolução histórica.

Pelo objeto, a análise se baseará por meio de pesquisas bibliográficas, de livros, artigos ou websites que tratam do tema de forma respeitosa. A investigação sobre o conteúdo se respaldará por meio de estudos anteriores já publicados e reconhecidos, ademais o uso de matérias legais também comporá a base do trabalho.

O método de pesquisa será dedutivo e qualitativo. A abordagem se dará de maneira exploratória que busca o conhecimento do problema, expondo o mesmo, envolvendo levantamento bibliográfico. É também pesquisa descritiva, pois se atentará em descrever o instituto e os meios para alcançá-lo, com abordagem explicativa.

Inicialmente, o referido estudo se concentrará na visão histórica do sistema punitivo de forma geral, partindo desse contexto a análise se encarregará de apresentar de maneira técnica os preceitos brasileiros para punição de agentes acusados pelo Estado.

Posteriormente, o estudo cuidará da própria audiência de custódia, sua previsão legal nos tratados internacionais bem como ainda as vantagens e desvantagens do referido instituto. Por fim, o estudo será efetivado no sentido de observar a viabilidade do instituto com base nos argumentos de juristas renomados.

Por fim, o projeto em tela tem por finalidade primária o conhecimento das matérias

propostas para estudo, no intento de esclarecer e aperfeiçoar o conhecimento visto que é tema relevante e inovador.

1. DO CONTEXTO HISTÓRICO DAS PUNIÇÕES AOS CONCEITOS INOVADORES DOS DIREITOS HUMANOS

Desde os primórdios da construção social a penalização dos delitos cometidos pelos homens se fez necessária, seja por vingança como era o caso quando a máxima do “olho por olho e dente por dente” era aplicada, seja para servir de exemplo coibindo assim que outros recaíssem na prática delituosa ou ainda como maneira de punir aquele que cometerá a infração.

A expiação daquele que violou as normas de convivência – expressadas pela aplicação das mais atroz penalidades, como morte, mutilação, tortura e trabalhos forçados – é um sentimento comum que se une à antiguidade mais remota[...] (BITENCOURT, 2011, p.28).

Independente da justificativa utilizada ao longo do tempo, aquele que praticava atos criminosos não se escusavam da sentença. Há de se observar que os meios de punição e suas motivações internas foram evoluindo conforme a própria sociedade evoluiu, bem como os meios de aplicação das sentenças. Nos primórdios a aplicação da lei se dava de maneira insana conforme o ato do acusado. O código de Hamurabi dispunha que:

II - CRIMES DE FURTO E DE ROUBO, REIVINDICAÇÃO DE MÓVEIS

9º - Se alguém, a quem foi perdido um objeto, o acha com um outro, se aquele com o qual o objeto perdido é achado, diz: - "um vendedor me vendeu diante de testemunhas, eu o paguei" - e o proprietário do objeto perdido diz: "eu trarei testemunhas que conhecem a minha coisa perdida" - o comprador deverá trazer o vendedor que lhe transferiu o objeto com as testemunhas perante às quais o comprou e o proprietário do objeto perdido deverá trazer testemunhas que conhecem o objeto perdido. O juiz deverá examinar os seus depoimentos, as testemunhas perante as quais o preço foi pago e aquelas que conhecem o objeto perdido devem atestar diante de Deus reconhecê-lo. O vendedor é então um ladrão e morrerá; o proprietário do objeto perdido o recobrará, o comprador recebe da casa do vendedor o dinheiro que pagou.

10º - Se o comprador não apresenta o vendedor e as testemunhas perante as quais ele comprou, mas, o proprietário do objeto perdido apresenta um testemunho que reconhece o objeto, então o comprador é o ladrão e morrerá. O proprietário retoma o objeto perdido.

Neste momento da história as punições eram preventivas, ou seja, aquele que praticava delitos contra seus pares era punido de maneira severa desta forma outros temendo a punição não recairiam nas mesmas práticas. Observa-se, no entanto, que além de controlar o instinto primitivo do homem, as penas aplicadas estavam vinculadas ao desejo de vingança, (MIRABETE, 2013).

Ocorre que a sociedade evoluiu e de igual maneira os meios de punição foram se enquadrando nas novas realidade sociais, desta forma, dentro do contexto social de cada época, o Estado aplicava penas para aqueles que descumpriam as leis. Diante da constante evolução da sociedade faz se necessário que os meios de punir também evoluam.

A evolução das sociedades obrigara os Estados a buscarem novas maneiras de penalizar

aqueles que ainda recaiam nas práticas delituosas. Dentro desta perspectiva a existência de um processo penal se tornou indispensável, não poderia um Estado punir fora da lei. De tal maneira, a própria sociedade passou a se posicionar de maneira contrária aos meios de punições extremos.

As revoluções que buscavam legitimar os direitos dos homens trataram de lutar por direitos que seriam atribuídos para os agentes que estivessem na condição de acusados. E foi por meio da luta por essas garantias e pela necessidade em se legalizar a pretensão punitiva que o processo penal se ergueu. O Estado não poderia mais arbitrar sentenças de qualquer forma, as penalidades deveriam ser proporcionais ao crime cometido.

“O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos sejam mais raros na proporção do mal que fazem à sociedade. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais prejudicial ao bem público e pode tornar-se mais comuns. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas [...]. (BECCARIA, 2015, p. 78)”

Nesse sentido, os mecanismos utilizados para punir ganharam relatividade, ou seja, a responsabilização do acusado sempre deverá ser proporcional ao ato praticado. Posto que, é da natureza humana evoluir e com isso repelir qualquer ato injusto, e isto está ligado ao desejo de se ver protegido das forças estatais no que tange a supressão de direitos.

É com base nessa busca pelo justo que as próprias instituições políticas trataram de criar ferramentas legais que fossem capazes de garantir ao homem uma sensação de segurança, ora, o Estado não poderia ser visto pelo povo como um animal descabido e injusto, muito pelo contrário, em regra geral, os grandes pensadores políticos se afunilaram na ideia de que cabia ao Estado proteger seus administrados e não atormenta-los.

1.1. Do instituto da Prisão no Sistema Punitivo Brasileiro

Um das ferramentas de punição são as restritivas de liberdade, é o cerceamento da liberdade do homem, aquele que é condenado à prisão é retido pelo Estado não podendo utilizar-se do seu direito de ir e vir, fica restrito a um estado de cárcere. Com base nisso as escolas penais trataram conceituar e classificar os tipos de penas aplicados, dentre essas classificações está a pena privativa de liberdade.

Obviamente que os modelos de prisão são os mais variados e dependem da proporção do delito cometido e principalmente do país em que se dá a aplicação da penalidade, conceitua MIRABETE (2013 p.235) que “A pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da idade média, como punição impostas aos monges ou clérigos faltosos, fazendo que se recolhessem as suas celas para que reconciliarem com Deus”.

Esse é o meio mais utilizado na condenação por grande parte dos países, e também passou

por drásticas mudanças no decorrer dos anos. O Estado possui legitimidade para punir quem venha a incorrer em práticas criminosas, essa legitimidade está em um plano abstrato e será executada sempre que o particular praticar as cominações previstas legalmente

Surge, então, a pretensão punitiva, a ser compreendida como o poder do Estado de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Através da pretensão punitiva, o Estado procura tornar efetivo o *ius puniend*, exigindo do auto do delito, que está obrigado a sujeitar-se à sanção penal, o cumprimento dessa obrigação, que consiste em sofrer as consequências do crime e se concretizar no dever de abster-se ele de qualquer resistência contra os órgãos estatais a que cumpre executar a pena. Todavia, essa pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o autor sujeitar-se a pena. (LIMA, 2016, p. 72)

O instituto da prisão promove a supressão do direito à liberdade inerente ao homem quando este venha a cometer atos contrários a lei. Dentro destas premissas observa-se que a restrição do direito à liberdade como meio de punição possui suas particularidades e ramificações, a depender do ato ilegal praticado pelo agente essa pena pode ser de reclusão ou de detenção, por exemplo.

No Brasil os meios de aplicação da prisão são efetivados com a devida observância das leis materiais e processuais penais, devendo o Estado punir aqueles que recaiam na prática delituosa sem deixar de atender os requisitos principais elencados nos referidos dispositivos e principalmente atendendo os princípios constitucionais.

Posto isto, salienta-se que os meios punitivos aplicados em território brasileiro devem atender os requisitos legais vigentes no país. Tais requisitos foram formulados para que o acusado estivesse em pé de igualdade frente ao poder punitivo exercido pelo Estado, a fim de prevenir que injustiças e tiranias penais fossem cometidas.

Devem existir na pena várias características: legalidade, personalidade, e proporcionalidade e o princípio da legalidade consiste na existência prévia de lei para imposição da pena, previsto no art. 1º do Código Penal. A característica da personalidade refere-se à impossibilidade de estender-se a terceiros a imposição da pena. Deve haver, ainda proporcionalidade entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado. (MIRABETE, 2013, pag. 232)

As penas privativas de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro vislumbram eliminar os castigos corporais e as mutilações infringidas ao agente que se encontra sob a tutela do Estado. Busca-se além do castigo pelo ato praticado reeducar e recuperar o infrator para que o mesmo seja inserido na sociedade com aptidão para praticar os atos civis de maneira legal e satisfatória.

A prisão penal é aquela imposta ao agente delituoso mediante sentença penal transitada em julgado, não se trata aqui de uma modalidade de prisão acautelatória ou de natureza processual, neste momento a satisfação da pena aplicada por meio de sentença se destina a exercer de fato a pretensão executória do Estado frente ao apenado, CAPEZ (2015, pag. 307)

Já a prisão sem pena trata da prisão puramente processual, imposta para garantir o bom

andamento da investigação criminal, do próprio processo penal e da futura execução penal se for necessária. Tem por finalidade ainda impedir que o investigado continue a praticar atos contrários a lei. Uma das modalidades desse tipo de prisão é a efetuada em caráter de flagrante delito. Entretanto, deve se há outras modalidades de prisão processual.

Logo, pode-se observar que o instituto da prisão é meio de punição milenar, e que em território brasileiro seu uso é pautado em normas legais materiais e processuais. Nota-se que, a prisão ainda pode ser classificada como sendo prisão pena ou ainda prisão processual, havendo entre as referidas modalidades grande diferenciação, posto que, enquanto uma trata de satisfazer o poder executório da sentença transitada em julgado a outra cuida apenas do bom andamento da investigação e do processo penal.

Capez (2013), estabelece as diferentes classificações das prisões processuais em sua obra com ênfase na prisão em flagrante que nada mais é que aquela efetuada no ato da ação do agente, ou seja, enquanto o agente ainda pratica o crime ou acaba de praticá-lo, ou seja o crime está a acontecer no momento da prisão ou ainda acabou de ocorrer. Para tanto é importante salientar as espécies de flagrante.

Diante da detenção do agente no ato da prática criminosa ou logo após o seu cometimento a autoridade policial lavrará o auto de prisão em flagrante que nada mais é que uma medida restritiva da liberdade, nesta situação não há carência de mandado de prisão haja vista que, a certeza visual do crime opera como fator significante e justificativo da apreensão do acusado.

O flagrante tem suas especificidades e adquirem roupagens diversas dependendo do ato praticado pelo acusado e do momento e circunstâncias que levaram a autoridade policial efetuar a medida, são espécies de flagrante; flagrante próprio, é aquele em que o sujeito é surpreendido na prática delituosa, ou seja, o acusado está cometendo a infração penal e é flagrado. (CAPEZ, 2015)

Outra modalidade é o flagrante impróprio, nessa situação o agente consegue se desvencilhar do flagrante propriamente dito, entretanto é perseguido logo após cometer a infração em situação que se faça presumir sua autoria, no que tange ao tempo percorrido da prática do delito a apreensão Capez preconiza;

No caso do flagrante impróprio, a expressão “logo após” não tem o mesmo rigor do inciso precedente (acaba de cometê-lo). Admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Assim, “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início a perseguição do autor (CAPEZ, 2013, pag. 321)

O flagrante presumido por sua vez possui uma característica mais técnica pois, a apreensão do acusado é feita embasado no motivo de estar o mesmo em posse dos objetos, armas e documentos utilizados na prática criminosa, fazendo presumir que seja ele o autor da infração.

Nesse tipo de flagrante a perseguição não se faz necessária a simples suspeita de ser o agente o autor do ato ilegal por estar em posse de objetos que o ligam ao crime.

Há outras modalidades de flagrância como; o flagrante preparado, flagrante esperado, flagrante prorrogado e ainda o flagrante forjado. Entretanto para não estender a matéria cuidasse das espécies pormenorizadas sendo estes os meios de prisão em flagrante mais comuns no ordenamento jurídico brasileiro.

Observa-se que o legislador no ato de promulgar as leis penais e processuais penais tratou de distinguir os diferentes meios de punição bem como ainda diferenciar as espécies dessas punições, essa estruturação foi se construindo ao longo dos anos e por meio da evolução social brasileira e global. É sabido que as leis nacionais foram se coadunando com as leis vigentes em outros países.

Entende-se que esse nivelamento universal das leis atrai condições mais justas e garantidoras às sociedades como um todo. Deste modo é comum que as leis penais se originem de algo, que possuam fontes, para MIRABETE (2014);

Fonte, em sentido figurado, significa origem, princípio, causa. Quando se fala em fontes do Direito Penal, está se estabelecendo de onde provem, de onde se origina a lei penal. As fontes podem ser *materiais* se informam a gênese, a matéria de que é feito o Direito Penal, como é produzido, elaborado; *formais*, se referem ao modo pelo qual se exterioriza o direito, pelo qual se dá ele a conhecer. (MIRABETE, 2014, pag. 28)

As fontes formais do Direito Penal ainda se subdividem em diretas e indiretas, a única fonte direta do direito penal é a própria lei, que se ampara no princípio da estrita reserva legal, as fontes indiretas são aquelas ligadas aos costumes e aos princípios norteadores do direito referidos de forma expressa na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu artigo 4º.

A compreensão de como o Direito Penal é confeccionado é de extrema importância quando se debate acerca dos meios punitivos. Para que se puna é necessário que exista lei penal que reconheça a conduta como ilícita, para tanto os métodos utilizados para criar essa lei é de profunda importância pois a falta de requisitos mínimos na elaboração da norma fará com que a mesma seja improdutiva, nasce morta.

Partindo desse pensamento cabe evidenciar a importância dos tratados internacionais abarcados no Direito brasileiro como meio de promover uma justiça com maior eficiência, alcançando assim a promoção efetiva e satisfatória da execução penal. Não se admite mais penas desumanas e desproporcionais ao ato praticado, tais restrições foram estabelecidas nas cortes internacionais que buscam controlar o poder de punir dos Estados aliados.

Nessa proporção a análise das convenções e tratados internacionais é meio de compreender os motivos e métodos utilizados na composição das leis penais e processuais penais vigentes no

ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 Dos Tratados Internacionais Norteadores do Direito Penal Brasileiro

A adoção de valores de ordem global limita os atos nacionais, contudo não retira dos Estados a autonomia de governo interno. Desta maneira os países estabelecem regras que deveram ser observadas no âmbito supremo quando forem aplicar normas internas objetivando que prevaleça entre os Estados a cordialidade e o respeito a princípios e valores norteadores.

Em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica os Estados-Membros, da Organização dos Estados Americanos por meio de seus representantes debateram sobre os direitos inerentes ao homem, sendo aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo ratificada pelo Brasil por meio do decreto nº 678, de 09 de julho de 1992.

Os denominados Direitos Humanos ou Direito do Homem são entendidos como os direitos fundamentais que este possui por ser homem, pela natureza humana e a dignidade que a ela é inerente. Esses direitos são garantidos a todos de forma igual e sem distinção entre pessoas e suas individualidades. Conforme bem reconhece Siqueira Jr. e Oliveira (2010, p. 24):

Os direitos humanos reconhecidos pelo Estado são denominados de direitos fundamentais, vez que via de regra são inseridos na norma fundamental do Estado, a Constituição. (...) Com o intuito de limitar o poder político estatal, os direitos humanos são incorporados nos textos constitucionais, apresentando-se como verdadeiras declarações de direitos do homem, que juntamente com outros direitos subjetivos públicos formam os chamados direitos fundamentais. Essa categoria de direito é na realidade uma limitação imposta aos poderes do Estado. Os direitos fundamentais são essenciais no Estado Democrático: formam a sua base, sendo inerentes aos direitos e liberdades individuais. (Siqueira Jr. e Oliveira (2010, p. 24)

Entre o que foi acordado na Convenção Americana de Direitos Humanos, está a garantia de que toda pessoa presa seja levada a presença de magistrado no intuito de que este observe se os princípios legais foram cumpridos no ato da prisão bem como se existe possibilidade de outra modalidade de punição diversa do carcere. Atestando a ideia positivista de que o encarceramento como meio punitivo seja a última ferramenta a ser usada pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um ideal positivista, garantindo ao homem direitos e garantias individuais, sendo que, muitos desses direitos positivistas foram extraídos de acordos e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário. A elevação do que fora reconhecido nos tribunais internacionais por meio dos tratados e convenções garantem que o acusado receba um processo legal justo limitando assim, as forças de quem possui mais força jurídica, qual seja o Estado.

Essa constituição positiva tem como foco principal o homem e suas necessidades, sendo que a igualdade entre estes é princípio norteador, bem como a própria dignidade da pessoa humana,

que não poderá ser afastada em nenhuma hipótese. Anteriormente a esta Constituição o Brasil estava entregue aos ditames dos governos militares e não havia nenhuma forma de controlar os excessos do Estado que para se fazer imponente em relação ao cidadão usava de inúmeras formas de supressão de direitos.

Com a restauração da república democrática e a constituinte de 87 a necessidade de sobrepor as garantias individuais foi essencial, cabia ao Estado agora atribuir ao homem tais direitos, mas acima de tudo garantir que eles fossem cumpridos. Inicialmente a própria CF/88 tratou de estabelecer uma série de direitos direcionado a pessoa humana, tais direitos podem ser observados no artigo 5ª da Constituição Federal de 1988.

A referida Constituição trouxe em seu corpo muitas mudanças no que tange a prisão, não se admitia mais uma punição tão grave como a prisão sem que antes houvesse um devido processo legal, mais que isso, o acusado agora possuía garantias fundamentais como a ampla defesa e o contraditório

Com o advento de uma CF positivista, o acusado seria tratado de forma digna, não seria considerado culpado antes do transito em julgado de sentença condenatória e até que isso ocorresse de plano a ele seriam atribuídos diversos princípios garantidores que regeriam o processo legal. CAPEZ conceitua acerca do devido processo legal;

Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei. No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso a defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente ao duplo grau de jurisdição à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. (CAPEZ, 2013 pag. 78)

Com fulcro nas garantias atribuídas a pessoa do acusado por meio dos acordos e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário pode se observar a necessidade de fazer valer de maneira efetiva os ditames inerentes aos Direitos Humanos. Para que se evite a lei de papel onde só há previsão da legalidade e não sua real empregabilidade. Os Direitos dos homens é na atualidade a principal preocupação dos legisladores pois um Estado só é justo quando garante e atribui ao seu povo seus direitos e garantias individuais.

Elenca a constituição em seu artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrado, desta forma, o princípio da presunção de inocência, sendo a base de um Estado de Direito que busca proteger a liberdade pessoal do cidadão. Alexandre de Moraes, 2011, p. 126 afirma “desta forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”.

Eis que surge no ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de fortalecer a ideia positivista no campo Penal e Processual, volta-se a observar os dispositivos elencados no Pacto de São Jose da Costa Rica, e a empregabilidade da audiência de custódia prevista neste acordo pode ser uma estratégia para fortalecer os direitos do acusado. Tal instituto encontra-se elencado no artigo 7.5 da convenção, sendo:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O instituto da audiência de custódia tem como objetivo principal assegurar que as prisões admitidas em fase de inquérito policial não estejam maculadas por situações que ferem as garantias individuais. No momento a utilização do instituto no território brasileiro também seria um mecanismo para soltar presos.

Além disto o sistema penal brasileiro estará proporcionando ao acusado maneira de alegar já nas primeiras horas da decretação da prisão violação aos seus direitos humanos como a tortura. Leciona PAIVA (2015, p. 37): “[...] a medida pode contribuir para a redução da tortura policial num dos momentos mais emblemáticos para a integridade física do cidadão, o qual corresponde às primeiras horas após a prisão[...]”

Como visto, um Estado de direito deve garantir a integridade física dos seus tutelados e faz uso de medidas punitivas para controlar a criminalidade, entretanto deve observar os meios legais que por sua vez devem atender as fontes do Direito bem como os acordos internacionais abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia pode ser considerada como relevante instrumento de acesso à jurisdição penal, pois trata-se de garantia da liberdade pessoal que se reproduz mediante atuação positiva do Estado, porém a designação desse procedimento como audiência de custódia não encontra equivalência no Direito Comparado, inclusive, há, doutrinadores que preferem utilizar o termo “audiência de garantia” ou “audiência de apresentação”, porém Paiva (2017) afirma que a utilização do termo “audiência de custódia” foi a mais acolhida pela imprensa brasileira, bem como pelos instrumentos judiciais e legislativos.

Não há que se falar em audiência de custódia, antes de fazer uma breve explanação quanto ao seu conceito e surgimento, além de previsão normativa presente em diversos tratados internacionais e de direitos humanos.

2.1 Da Audiência de Custódia

Destaca-se, nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, que prevê em seu art. 7º, item 5, que: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. Também, há de se destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que estabelece: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzido, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais”.

O Pacto de San José da Costa Rica fez com que a audiência de custódia se implementasse no Brasil, junto com a ajuda dos Desembargadores José Renato Nalini e Hamilton Elliot Akel, através do provimento conjunto nº 03/2015. Esses juristas se atentaram para as deficiências do sistema penitenciário brasileiro, fazendo com que a audiência de custódia seja uma forma de evitar prisões cautelares e, conseqüentemente, diminuir a população carcerária nos estabelecimentos prisionais de São Paulo. Essa medida eficaz adotada pelo Brasil também chamada de audiência de apresentação foi regulamentada pelo processo nº 2014/00153634- DICOGE 2.1, o qual contém 11 artigos estabelecendo os procedimentos para realização da audiência de custódia. (Freitas, França, 2016)

Como em qualquer tema é relevante trazer o conceito de audiência de custódia, mesmo que nesse sentido não há controvérsia ou qualquer questionamento, não havendo qualquer tipo de divergência.

Caio Paiva (2017, p. 41) traz o conceito da seguinte forma:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.

Para consolidar a questão do conceito do referido tema, convém destacar o conceito de audiência de custódia exposto por Nucci (apud Freitas, França 2016),

[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento. A definição dada pelo Conselho Nacional de Justiça: Projeto Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento de medidas alternativas ao cárcere, garantindo que presos em flagrante sejam apresentados a um juiz de Direito, em 24 horas, no máximo.

Com fundamentos nos conceitos apresentados pode-se verificar que o termo audiência de

custódia foi adotado para a apresentação, sem demora, do sujeito preso perante a autoridade judiciária, ou seja, ao invés de ser enviado ao juiz somente o auto de prisão em flagrante enquanto o imputado é encaminhado ao presídio, deverá ser o mesmo ser apresentado pessoalmente para o juiz. Diante dessa premissa, tal regra valerá apenas para prisões processuais (aquelas que ocorrem antes de uma sentença penal condenatória).

Compreende-se que a audiência de custódia é o momento em que o preso em flagrante delito é posto à presença física de um juiz para que este o interrogue e analise os motivos de sua prisão. Neste momento o magistrado terá a oportunidade de avaliar a legalidade, a real necessidade de manutenção da prisão, além da ocorrência de possíveis abusos durante sua realização e, por fim, a possibilidade de concessão de liberdade com ou sem imposição de outras medidas cautelares.

Tópor e Nunes (2015) afirmam que através da audiência de custódia, o magistrado experienta, pessoalmente, o drama vivido por milhares de cidadãos presos, muitas vezes de forma arbitrária, ou desnecessariamente, proporcionando uma análise muito mais profunda da prisão, e, conseqüentemente, mais completa e mais justa.

A audiência de custódia pretende que haja uma maior proximidade entre o sujeito que cometeu o delito e o juiz, para que possa verificar os requisitos daquela prisão e se aproximar da situação exposta, sem a visão burocrática que o processo impõe.

Vale salientar que a audiência de custódia não será na forma de interrogatório, não podendo, portanto, discutir o mérito da prisão. Será apenas uma espécie de entrevista, buscando assegurar os direitos e garantias que o preso possui, além de verificar a legalidade da prisão.

Tópor e Nunes (2015, p. 32) fazem a seguinte ponderação: “Com essa obrigação legal de conduzir o preso no prazo de até 24h à presença de um juiz, também, existiria a obrigação do Estado aparelhar seu sistema de justiça, criando condições estruturais e humanas para implementação da audiência de custódia”.

Portanto, pode-se dizer que a audiência de custódia, para o modelo processual brasileiro, é um momento formal em que o indivíduo preso em flagrante delito pela prática de um crime é levado em menos de vinte e quatro horas à presença física de um juiz. Neste momento devem estar presentes, também, o promotor de justiça, o defensor público e demais serventuários necessários para essa formalidade. Tal audiência tem como finalidade verificar a legalidade da prisão, a possível prática de tortura ou abusos contra a integridade física do detido e as possibilidades processuais de soltura ou aplicação de medida diversa a da prisão.

2.2 Da Prisão em Flagrante

A partir da definição do conceito de audiência de custódia, denota-se que a condição inicial

para sua caracterização é o flagrante delito e a custódia estatal do indivíduo preso. Assim, para que ocorra esse tipo de prisão deverá haver uma conduta contrária a um tipo penal, portanto, o tipo de prisão à que se destina a audiência de custódia, em princípio, é aquela realizada em flagrante delito, visto que as demais prisões cautelares (temporária e preventiva) ocorrem por via de mandado.

Acerca da prisão em flagrante delito, o Código de Processo Penal dispõe o seguinte:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

I - acaba de cometê-la;

II - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Assim, Bandeira e Daher (2016), explica que um dos pressupostos analisados na audiência de custódia é o tipo de pessoa que realizou a prisão, ou seja, aquele que pode ou aquele que deve realizá-la. Outro pressuposto que se destaca é o próprio termo “flagrante delito”, pois ocorre quando um indivíduo está cometendo uma infração penal ou após tê-la cometido é pego, perseguido e/ou encontrado com objetos que façam presumir ser ele o autor da prática delituosa.

Observe-se que o lapso temporal entre o delito e a detenção do suspeito, em alguns casos, é relevante para a caracterização do flagrante consoante os dizeres “logo após” e “logo depois” apostos nos incisos III e IV do Artigo 302 do Código de Processo Penal Brasileiro. Assim, este prazo não é perfeito, mas subjetivo ao entendimento da autoridade policial que lavrar o flagrante ou à critérios de julgamento do juiz da causa.

A existência de uma infração penal descrita em Lei é outro pressuposto essencial sem o qual não se deve realizar a prisão em flagrante.

Sob essa perspectiva deve-se mencionar os incisos XXXIX e LXI do Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Ressalta-se que os tipos penais estão dispostos em diversos códigos e leis esparsas, como Código Penal, Código de Transito, Lei de Contravenções Penais e assim por diante. O flagrante delito, em tese, deve ser aquele em que há a ocorrência de uma prática criminosa, tipificada em lei, em que um indivíduo seja preso por vincularem-se a ele indícios de sua autoria e da materialidade do delito. Assim: É, portanto, medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual,

consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção. (Capez, 2015)

Convém mencionar que o Código de Processo Penal Brasileiro dispõe que ocorrendo uma prisão em flagrante delito, a autoridade policial deverá adotar, dentre outras, as seguintes medidas:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o 8 acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante delito destacam-se as seguintes providências que serão adotadas pela autoridade policial: comunicação da prisão à família ou outra pessoa indicada pelo detido e; remessa dos autos e suas peças ao juiz competente. Ainda, o réu poderá ser solto pela autoridade policial consoante a tipificação da infração penal e o preenchimento dos requisitos para concessão de sua liberdade.

Assim Bandeira e Daher (2016) afirmam que ao preso em flagrante delito são assegurados, dentre outros, os direitos inerentes à condição de pessoa humana, a comunicação de sua prisão a sua família ou pessoa que indique, ter a presença de um advogado em seu interrogatório policial, ser submetido a exame de corpo de delito e de livrar-se solto se preencher os requisitos legais necessários para sua soltura.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.

Após análise desse artigo pode-se perceber que as primeiras providências que devem ser adotadas pela autoridade policial é a comunicação da prisão do indivíduo ao juiz competente, bem como, ao Ministério Público, familiares do detido ou pessoa que ele indique.

Quando estes mesmos autos são recebidos pela autoridade judicial, esta adotará, dentre outras, as seguintes medidas de acordo com o Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as

medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Neste momento, após a realização da audiência de custódia, o juiz deverá se manifestar conforme disposto no artigo citado, ou seja, decidir quanto a situação do detido, podendo nesses casos relaxar a prisão, converter a prisão em flagrante em preventiva, conceder liberdade provisória com ou sem fiança; fundamentando sua decisão sob pena de nulidade.

É importante destacar que a audiência de custódia não tem finalidade de interrogatório, não discutindo o mérito da prisão, mas sim terá caráter apenas de entrevista, buscando assegurar os direitos e garantias que o preso possui, além de verificar a legalidade da prisão. (Bernieri e Santos, 2016)

2.3 Da Finalidade da Audiência de Custódia

Segundo Paiva (2017) a principal e elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos.

Em diversos precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ressalta que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia é mecanismo idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais. (Tópor e Nunes, 2015).

O ponto de destaque é que se o Brasil é signatário do Tratado em questão, deveria ajustar seu ordenamento jurídico para que fique em conformidade com as regras então ratificadas, porém apesar de ter ratificado há mais de vinte anos, porém só agora o tema vem sendo disseminado.

Outra finalidade da audiência de custódia está relacionada com a perspectiva de prevenção de uma possível tortura policial, podendo, assim, assegurar a efetividade ao direito à integridade das pessoas privadas de liberdade.

Obviamente, porém, que não se pode esperar que a audiência de custódia, sozinha, elimine a tortura policial, uma prática que não apenas atravessou todo o período ditatorial, mas continua presente na democracia pós-Constituição Federal de 1988, agindo como uma espécie de “sistema penal subterrâneo”, aprovada por considerável parte da opinião pública e de agentes de segurança. (Paiva, 2017, p. 48)

No entanto, tal medida tem caráter preventivo de atos de tortura, pois com a apresentação do imputado de imediato ao juiz há uma tendência de evitar qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante contra o cidadão nos interrogatórios policiais, ou seja, pode contribuir para a redução

da tortura policial, pois nos primeiros momentos após a prisão é uma situação complicada para proteção da integridade física do cidadão.

Para encerrar sobre essa parte da finalidade da audiência de custódia é importante destacar a ponderação feita por Paiva (2017) que tal comentários não é uma crítica generalizada ao trabalho da polícia, visto que bons policiais que respeitam a integridade física e psíquica dos cidadãos presos não devem apresentar qualquer tipo de receio da aplicabilidade da audiência de custódia.

Na audiência de custódia, prevalece o intuito de superar a fronteira do papel, estabelecida através do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, haja vista a previsão imediata do encontro entre detido e juiz. Assim, o controle jurisdicional imediato terá como resultado evitar a ocorrência de arbitrariedade ou ilegalidade das prisões. (Tópor e Nunes, 2015)

Uma terceira finalidade da audiência de custódia pode ser identificada no intuito de evitar prisões ilegais, arbitrárias, ou, ainda, desnecessárias.

Bernieri e Santos (2016) compreendem que é necessário se fazer uma minuciosa análise da prisão pelo magistrado para que não haja constrangimentos desnecessários ao cidadão, pois fica mais difícil interpretar a legalidade da mesma baseado apenas no auto de prisão em flagrante, o qual possui somente a interpretação do caso feita pela acusação, não tendo a manifestação da defesa. Evidente que ocorre o interrogatório do preso, porém este não pode ser considerado como uma defesa real, em virtude de que muitas vezes o sujeito prefere ficar em silêncio.

Quanto a questão da finalidade da audiência pode-se informar mais uma, ou seja, a questão da possível diminuição da hiperlotação nas entidades prisionais. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça: O Brasil possui 563.526 pessoas presas, entre as quais 42% seriam de pessoas presas provisoriamente, sendo que entre 1990 e 2013, o crescimento da população carcerária no Brasil foi de 507 %, a segunda maior taxa de crescimento prisional do mundo, havendo um déficit de 206.307 vagas no sistema carcerário.

Diante desses dados denota-se que a audiência de custódia pode vir a ser um excelente instrumento para auxiliar nessa questão, pois, assim, só iriam para as instituições prisionais quando esta for a medida mais adequada, sendo colocado em liberdade aqueles que foram mantidos presos de forma ilegal.

3. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JURISDICIONAL

A recepção da audiência de custódia está sendo uma grande questão de debate na doutrina e nos tribunais pátrios, visto que o Brasil aderiu aos termos da Convenção Americana há mais de vinte anos, porém só começou a ser utilizada por nosso ordenamento jurídico há cerca de dois anos.

Paiva (2015) explana que os direitos e garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos não podem ficar condicionados a receptividade normativa do Direito interno de cada país.

Convém salientar que o art. 2º da Convenção Americana dos Direitos Humanos prevê:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Denota-se que é evidente que os Estados signatários desse pacto têm a responsabilidade internacional de implementá-los de forma efetiva, podendo ter um prazo razoável para isso, com o fulcro da proteção dos Direitos Humanos, mas não se justifica a demora para que o Brasil tivesse esse posicionamento.

Quanto a esse atraso quanto a utilização da audiência de custódia pelo ordenamento jurídico brasileiro é interessante destacar a colocação de Santos (2016, p. 159-160):

A resposta minimamente adequada pressupõe aos menos duas reflexões. Uma primeira envolvendo a alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos sobre a natureza jurídica dos tratados que versam sobre direitos. A segunda acerca do amadurecimento das instituições e início do rompimento com uma cultura jurídica de resistência ao novo, aliada à justificativa de ausência de estrutura e limitações orçamentárias do Estado.

Pode-se afirmar que o maior objetivo da audiência de custódia seja estabelecer a condução do preso à figura da autoridade judiciária, logo após prisão em flagrante, pois só o encaminhamento do auto de prisão em flagrante não cumpriria a função dessa garantia. Diante disso, Tópor e Nunes (2015, p. 57) explicam que: “a audiência de custódia efetiva o contraditório, a transparência e o controle efetivo de todos os atos, garantindo-se todos os envolvidos.”

Apesar do Código de Processo Penal brasileiro prever em seu art. 306, *caput* e parágrafo único, que o juiz deve imediatamente ser comunicado da prisão em flagrante de qualquer pessoa, além de ser o auto de prisão em flagrante remetido no prazo de 24 horas, porém é nítido a lacuna existente na legislação pátria concernente a audiência de custódia.

Ademais, a audiência de custódia é uma realidade possível na base normativa aplicável no território nacional, já sendo utilizada em alguns tribunais, apesar de, ainda, apresentar uma certa resistência, porém é necessário tempo para aperfeiçoamento para referido procedimento.

Santos (2016, p. 160) reforça:

A partir do momento em que a mais alta corte do País estabelece de forma clara que os tratados de direitos humanos não aprovados na forma qualificada prevista na constituição possuíam status supralegal, era de se esperar fosse realçada, no plano interno, uma maior força desses documentos internacionais. Se estavam acima da lei ordinária, natural que aflorasse na comunidade jurídica interna um sentimento geral direcionado à aplicação efetiva desses instrumentos.

Deve-se deixar claro que as discussões quanto a audiência de custódia só foram realmente

intensificadas com a apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, destinado a alterar o Código de Processo Penal, onde prevê a pronta apresentação de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judicial, porém ocorreu um certo receio de que a introdução desse instituto pudesse impactar demasiadamente as finanças do Estado.

Paiva (2016) preconiza que embora a sociedade civil organizada e diversas entidades de proteção e promoção dos direitos humanos tenham exercido papel fundamental na disseminação da audiência de custódia, pode-se dizer que o tema só se tornar pauta nacional, após incentivo vindo do Conselho Nacional de Justiça.

Enfim, a aplicação da audiência de custódia, atualmente, está regulamentada pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de dezembro de 2015, que traz a prática procedimental da audiência de custódia, além da normatização suplementar e específica que poderá ser editada por cada tribunal. Percebe-se que o Conselho Nacional de Justiça procedeu com uma unificação normativa que teve como objetivo superar diferenças apresentadas na regulamentação de cada tribunal.

3.1 Da Falha em Institucionalizar os Tratados Internacionais de Forma Plena no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Como visto o Brasil é signatário de tratados firmados em campo internacional que intuem limitar as forças estatais dos Estados aliados, o trabalho proposto analisa os acordos e convenções que discutem os direitos da pessoa humana. A discussão da referida matéria, no entanto é inflamada no ordenamento jurídico brasileiro.

A audiência de custódia não escapou das críticas e oposições, o que de maneira geral não pode ser visto como algo negativo. Tal instituto carece ainda de inúmeras modelagens para que se encaixe de maneira uniforme as estruturas nacionais, posto que isso garante sua empregabilidade adequada. FELIX (2016, p.01) cita que algumas entidades consideram a iniciativa do CNJ em editar a resolução 213/2015, posto que a competência em apreciar tal matéria caberia a União.

Observa-se que com a o Brasil se comprometeu em fazer cumprir em campo nacional os acordos firmados internacionalmente, entretanto a audiência de custódia não foi institucionalizada no momento da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, vindo a ser objeto de discussão após aproximadamente 20 anos. Sobre isso discorrem COSTA e TURIEL (2016, p. 02)

Décadas se passaram desde que o Brasil subscreveu referidos documentos jurídicos internacionais e pouco se avançou na adoção de medidas efetivas de proteção dos direitos humanos dos presos. O que se viu nesse período foram violações de direitos humanos por parte do próprio Estado brasileiro. Exemplo disso é a superlotação carcerária, mas tratos e torturas de presos, demora no julgamento e desrespeitos aos direitos e garantias

fundamentais da pessoa que tem a desdita de ser presa.

A falha na institucionalização dos preceitos acordados em âmbito internacional ocasionou um atraso significativo da evolução no sistema punitivo brasileiro, a questão da não implementação plena dos referidos acordos em território brasileiro já foi discutido pelas cortes internacionais antes da promulgação da Lei 11.340/06.

A demora em fazer valer os Direitos Humanos no Brasil principalmente no que tange ao direito penal e processual é visto externamente de maneira negativa. Cabe ao Estados signatários dos acordos analisados implementa-los as suas normas de maneira a efetiva-los. Posto isso, questiona-se os motivos de o Brasil não cumprir os acordos consolidados. A didática se LOPEZ JR. e PAIVA (2014, p. 161)

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o CPP, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias. O tema é da maior relevância prática e teórica, até porque eventual violação da CADH justifica a interposição do Recurso Extraordinário para o STF.

Nesta perspectiva entende-se que há que se encontrar uma maneira de implantar os tratados internacionais, para que os mesmos sejam aproveitados na situação brasileira. Os tribunais pátrios devem se atentar no quesito convencional no momento de aplicar a lei, LOPES e PAIVA consideram que a CF/88 não é mais a única base no controle das leis ordinárias.

Existe a necessidade de implantação do instituto da Audiência de Custódia no ordenamento jurídico brasileiro para se efetivar os acordos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, pois como visto, o Estado deve garantir aos seus administrados toda sorte de garantias e direitos para defendê-los das próprias forças estatais.

Por outro lado, deve se considerar a situação em que se encontram os direitos inerentes a pessoa do preso no território nacional, não há respeito as referidas garantias a pessoa acusada ainda que não tenha sido sentenciada de maneira definitiva, é posta em situação degradante muitas vezes torturada e presa ilegalmente. E para suprimir a força do Poder Punitivo do Estado é necessário que o mesmo receba limites, novamente elenca LOPEZ JR. e PAIVA (2014, p. 163)

O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a ultima ratio das medidas cautelares. O art. 310 do CPP, alterado pelo diploma normativo citado, dispõe que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente (i) relaxar a prisão, (ii) convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas de liberdade, ou (iii) conceder liberdade provisória

A preocupação dos referidos estudiosos, e outros, está na maneira em que se caminha o sistema punitivo do Brasil, a prisão deveria ser a última opção na punição do agente delituoso, no

entanto o que se observa é justamente o contrário o encarceramento é a regra as medidas diversas da prisão é que são a exceção.

3.2 Prós e Contra da Audiência de Custódia

Consentido que o sistema punitivo brasileiro carece de medidas que o tornem mais humanitário é possível vislumbrar que o mecanismo da audiência de custódia abarca as necessidades materiais e formais do país. Há que se falar também na própria evolução da lei penal que se desprende da cultura do cárcere rumo a um sistema mais conceitual que atende as expectativas da sociedade atual.

Ressalva-se que a questão da superlotação nos presídios brasileiros é vista como um problema de extrema gravidade, e quando se analisa que um número expressivo dos encarcerados ainda não foi julgado culpado de forma definitiva a situação se torna ainda mais calamitosa. O que ocorre de fato é o despejo de pessoas em presídios sem que recebam do estado o mínimo de humanidade. A fuga dessa cultura é esplanada por LOPEZ JR. e PAIVA (2014, p. 168)

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3º do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual

Sendo a audiência de custódia um mecanismo de apresentação da pessoa presa em poucas horas a pessoa investida de jurisdição, é possível considerar ainda que no plano ideológico que a apreciação do auto de prisão em flagrante será feita de maneira mais humana. Esperasse que o acusado seja visto com olhos humanos, entendido como pessoa e recebendo de plano seus direitos fundamentais.

A primeira vantagem refletida da audiência de custódia é, portanto, a observação dos conceitos determinados e acordados pelo Brasil nos tratados e convenções internacionais. A garantia dos princípios constitucionais a pessoa do preso já no início da persecução penal é outra prerrogativa que se observa da implementação do instituto.

Os abusos cometidos no ato das apreensões não são compatíveis com o amparado legal inerente a pessoa humana, não se pode admitir que a força do Estado sufoque garantias já elencadas na carta magna ou em qualquer outro dispositivo legal, bem como ainda nos pactos internacionais. A audiência de custódia servirá como empecilho para o cometimento de atos considerados diversos a lei, visto que o acusado poderá alegar nas primeiras horas de sua prisão qualquer ato ilegal cometido no momento da prisão.

Essa mudança de perspectiva com relação a aplicação dos princípios constitucionais encaminha os nossos tribunais a uma mudança de hábito, cumulada com a necessidade de esvaziar, ou pelo menos deter o crescimento da população carcerária, o sistema judiciário estará se humanizando deixando no passado o ranço mecânico que move grande parte das decisões condenatórias, analisam ANDRADE e ALFLEN (2016, p.20)

Diante dessa análise, é possível acreditar que a apresentação pessoal do conduzido a um magistrado faça com que o mesmo analise de forma mais “humana” tal situação, pois não se trata de mais um caso, de um calhamaço de documentos, que por vezes retratam situações completamente diferentes da realidade. Estará à presença do juiz o acusado, um sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos naquela solenidade. Merece destaque ainda que as decisões poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, conduta e motivação, dando maior solidez nas decisões tomadas pelo magistrado na audiência de custódia. Nesse sentido, e para além de uma mudança meramente legislativa, a audiência de custódia é elemento extremamente necessário para o aperfeiçoamento de um devido processo penal brasileiro e o melhor desempenho da justiça efetivamente humanitária em respeito aos direitos do preso em situação cautelar.

A humanização do sistema punitivo é um dos pontos mais importantes da empregabilidade adequada do instituto em análise, trata-se de uma evolução dos meios de punir, haja vista que o juiz terá o contato direto com aquele que recaiu em prática delituosa ou ainda que está sendo acusado de ter cometido o crime.

A expectativa dos apoiadores da implementação do instituto é ver o cumprimento dos acordos internacionais de forma prática, mas é também observar a mudança que o sistema carcerário precisa, conter o fluxo de pessoas apreendidas sem que estas sejam condenadas em sentença transitada em julgado e, não obstante assegurar que o poder punitivo do Estado possua suas limitações, prevenindo prisões ilegais e desnecessárias

Neste ponto do trabalho convém destacar o roteiro prático da audiência de custódia apresentado por Santos (2016, p. 164-165):

O cotejo entre as disposições do Código de Processo Penal e Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça permite fixar uma ordem cronológica que vai da prisão do agente até a apresentação à audiência de custódia 24 : 1) Prisão em flagrante; 2) Apresentação do preso à autoridade policial (Delegado de Polícia); 3) Lavratura do auto de prisão em flagrante; 4) Agendamento da audiência de custódia (se o flagranteado declinou nome de advogado, este deverá ser intimado da data marcada; se não informou advogado, a Defensoria Pública será intimada); 5) Protocolização do auto de prisão em flagrante e apresentação do autuado preso ao juiz; 6) Entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado ou Defensor Público; 7) Início da audiência de custódia, que deverá ter a participação do preso, do Juiz, do membro do MP e da defesa (advogado constituído ou Defensor Público); 8) O autuado é entrevistado; 9) O Ministério Público se manifesta sobre a legalidade da prisão e necessidade de convalidação em prisão preventiva ou substituição por cautelares alternativas (se for audiência de custódia destinada a ouvir preso capturado por mandado de prisão não se examina a possibilidade de substituição); 10) A defesa manifesta-se pelo relaxamento da prisão em flagrante, quando entender não haver quaisquer de suas hipóteses legais, bem assim sobre a possibilidade de substituição da prisão preventiva por cautelares alternativas do art. 319 do CPP. Poderá ainda manifestar-se sobre outras questões (exame de corpo de delito não realizado, tortura, situação enferma do autuado etc.); 11) O magistrado profere

uma decisão que poderá ser, dentre outras, uma das seguintes: a) Relaxamento de prisão eventualmente ilegal (art. 310, I, do CPP); b) Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III); c) Substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (art. 319); d) Convolação da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II).

Com base na citação acima pode-se fazer uma análise quanto aos atos preparatórios da audiência de custódia, inicialmente pode-se citar o expediente comunicativo que viabiliza a judicialização do ato, ou seja, na protocolização do auto de prisão em flagrante no juízo competente, visto que a apresentação da pessoa presa em juízo competente depende de prévio agendamento da audiência de custódia.

Prevê a Resolução 213 do CNJ quanto ao deslocamento da pessoa presa a audiência de custódia:

Art. 2º O deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regimentos locais.

Parágrafo único. Os tribunais poderão celebrar convênios de modo a viabilizar a realização da audiência de custódia fora da unidade judiciária correspondente.

Diante disso denota-se que há uma isenção do Poder Judiciário quanto ao deslocamento das pessoas presas para audiência de custódia, logo segundo Paiva (2017) “é um dos pontos de tensão sobre a matéria”, pois se houver alguma divergência entre órgãos responsáveis, o Poder Judiciário, de ofício ou provocado, deverá intervir para uniformizar o procedimento.

Na realização da audiência de custódia devem ser comunicados advogado ou defensor público, além do Ministério Público, podendo ser notificados por meios comuns de comunicação no meio judicial, mas pelo fato que essa audiência deverá ocorrer sem demora, tal notificação poderá ser prejudicada, assim, entende-se que se deve observar um prazo razoável entre a intimação dos sujeitos processuais e a realização da audiência de custódia.

Ainda sobre a análise dos procedimentos da audiência de custódia participarão da mesma o juiz, promotor de justiça, pessoa presa e sua defesa técnica, tal ato é preconizado pelo art. 4º, *caput*, da Resolução 213 do CNJ. É relevante destacar que nesse momento não será admitida a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou investigação.

Diversamente do posicionamento da doutrina e de alguns seguimentos da comunidade jurídica que buscam emprestar natureza jurídica de “interrogatório”, transparece haver acerto da Resolução 213 ao nomear a oitiva de mera entrevista. A finalidade do instituto não é a de servir como meio de prova e de defesa do custodiado, tal como ocorre com o interrogatório prestado na fase judicial. (SANTOS, 2016, p. 166)

Finalmente, após as manifestações das partes, o juiz deve decidir se a pessoa continua presa ou será colocada em liberdade, não podendo deixar essa decisão para outro momento, deve proferir essa decisão na própria audiência de custódia.

Apesar de envolver um rol de quesitos a serem analisados pelo juiz, destaca-se dois os

objetivos principais da audiência de custódia: verificar as condições físicas e psicológicas do detido e as condições processuais do preso considerando a possibilidade de colocá-lo em liberdade. (Freitas e França, 2016)

Destaca-se que a audiências de custódia se resume na perspectiva da rápida apresentação do preso em flagrante delito a presença física de um juiz e o possível questionamento sobre as circunstâncias que envolveram o ato de sua prisão.

Para Lima (apud Freitas e França, 2016, online) a audiência de custódia tem grande importância em nosso sistema processual penal, pois permite uma visão multifocal sobre as conversões das prisões em flagrante, ou seja, permite que haja maior observância sobre a necessidade ou não de manutenção de prisão cautelar. Frisando, ainda, a importância do contato juiz-presos para a resolução dos conflitos.

Lopes Junior e Paiva (2015, p.2), no mesmo sentido, fazem elogios à audiência de custódia, afirmando que a mesma traz segurança ao controle judicial, assim, evitando que se façam prisões de modo ilegal e ainda garantindo o direito de liberdade, vida e integridade física do preso. Os autores ainda discorrem sobre a aceitação da audiência de custódia, explicando que o olhar de preconceito e pré-conceito que temos de presos poderá substituir-se por um olhar a um ser humano comum, de carne e osso. Ainda ressaltam a importância do contato humano juiz detento, porém com uma ressalva de que não basta que o flagranteado seja apresentado ao juiz após a prisão, mas ele deve ser ouvido, deve prestar sua declaração.

Portanto, de forma sucinta, com a implantação das audiências de custódia, o Estado estaria fazendo prevalecer os direitos e a dignidade da pessoa humana garantindo, ao preso em flagrante delito, a sua rápida apresentação pessoal a um juiz que analisaria de imediato as possibilidades de soltura ou aplicação de medidas diversas da prisão.

Por fim, o País estaria se adaptando ao ordenamento jurídico internacional, do qual é membro, e reduzindo a população carcerária com notável economia financeira e consequente redirecionamento dos recursos poupados a outros setores como saúde e educação. (Bandeira e Daher, 2016, p. 15-16)

Em contrapartida Nucci (apud Freitas e França, 2016) faz críticas à audiência de custódia, ressaltando seus aspectos negativos, expondo sobre os motivos para seu surgimento, afirmando que: [...] sabe-se haver a velha política criminal para “dar um jeito” na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas.

Nucci (Freitas e França, 2016) também questiona sobre a realidade estrutural de nosso país, se seria possível implementar a audiência de custódia em todo Brasil de forma imediata, para que realmente surta efeitos. Questiona-se também se o investimento feito para a efetivação do projeto não seria melhor gasto se o Poder Executivo optar por investir nos estabelecimentos prisionais, para oferecer melhores condições aos detentos.

Portanto, os argumentos contrários a implantação das audiências de custódia se resumem

em: não há estrutura física e nem recursos para realização das audiências de custódia bem como sua implantação causam novos custos ao Estado; os presos soltos em tão curto espaço de tempo podem voltar a delinquir frente ao sentimento de impunidade e; a sociedade aumenta sua sensação de insegurança e vontade de vingança. (Bandeira e Daher, 2016, p. 18)

O que se percebe é que a audiência de custódia possui vários benefícios para sua efetiva implementação no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ainda haver posicionamento contrário contra sua utilização, visto que há receio por parte de juristas de que ela possa ser utilizada como mero mecanismo de camuflar efetivo dados de superlotação, sem cumprir a sua finalidade, de resguardar direitos do preso e para que não haja abuso nessa prisão.

Posto isso, cabe ressaltar que é de suma importância que haja um posicionamento coerente e definitivo acerca da audiência de custódia, pois sua aplicabilidade não pode ficar a mercê de embasamento de correntes doutrinárias divergentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com o estudo aprofundado do instituto da audiência de custódia que a mesma foi prevista nos termos de alguns tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Possuem os referidos acordos a intenção de frear o poder punitivo do Estado para com a sociedade, garantindo que mesmo em situação de acusado o sujeito tenha seus Direitos Humanos protegidos.

Com base nessa perspectiva, a audiência de custódia se evidencia necessária, por ser meio de proteção das garantias e direitos fundamentais. O referido instituto promove a empregabilidade dos direitos inerentes ao homem já no início da persecução penal, mas também é vista por parte dos juristas como meio de conter os devaneios do instituto da prisão.

Refere-se que, com a empregabilidade adequada do instituto em análise o fluxo de encarcerados reduzirá e o problema da superlotação poderá ser amenizado, ocorre que outra vantagem pode ser vislumbrada com a implementação da custódia, qual seja, a humanização do processo penal brasileiro um vez que o acusado será ouvido e visto por pessoa togada nas primeiras horas após a prisão.

Por tanto, o tema discutido possui extrema relevância na atualidade, devendo ser discutido de maneira séria com o objetivo de aperfeiçoá-lo à realidade contextual do Brasil. Buscando a promoção incessante dos direitos e garantias fundamentais do homem e consequentemente um sistema punitivo mais justo e positivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA, Anderson Rodrigues. DAHER, Caroline Gibran. Direito Penal: A **Audiência de**

Custódia no Modelo Processual Brasileiro. Disponível

em: <http://semanaacademica.org.br/artigo/direito-penal-audiencia-de-custodia-no-modelo-processual-brasileiro>. Acesso em: 01/Jun/2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Edijur. São Paulo. 3ª Edição. 2015

BERNIERI, Natalí. SANTOS, Gabriel Ferreira. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/ixmic/paper/viewFile/193/27>. Acesso em: 01/Jun/2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas/Alternativas.** Editora Saraiva: São Paulo. 4ª Ed. 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 de maio de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de maio de 2016

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 554/2011.** Disponível em:

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115. Acesso em: 12 de maio de 2016.

BRASIL. Resolução Nº 213 de 15/12/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 12 de maio de 2016

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** Editora Saraiva. São Paulo. 22ª Ed. 2015.

CÓDIGO DE HAMURÁBI. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 01.Nov.2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em:

http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 14.Set.2016.

FREITAS, Maria Victória Pasquoto. FRANÇA, Rafael Francisco. **Audiência de Custódia e suas Consequências no Sistema Processual Penal.** Disponível

em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/15793/3692>. Acesso em: 01/Jun/2017.

INFORMATIVO REDE JUSTIÇA CRIMINAL. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em: 01.Nov.2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Editora Juspodivm: Salvador. 4ª Ed. 2016.

LOPES JR, Aury e PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do Preso ao Juiz: Rumo a Evolução Civilizatória do Processo Penal.** Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano

5, V.9 (maio/agosto.2014). – Porto Alegre: DPE, 2014, p. 161-182. Disponível em:
<http://www.youblisher.com/p/1161156-Revista-ano-V-ed-09/>. Acesso em: 15.Nov.2016.

MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. Audiência de Custódia: Da Boa Intenção à Boa Técnica. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, (org.) Porto Alegre: FMP, 2016.

Disponível em: http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf. Acesso em: 16. Nov. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Editora Saraiva: São Paulo. 4ª Ed. 2012.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva. PEREIRA, Natália Ila Veras. **A Audiência de Custódia como Direito Humano Fundamental à Luz das Garantias Constitucionais e Internacionais**.

Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/04430h54/c8k7R9ODahN99DlG.pdf>. Acesso em: 12.Out.2016

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2013

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora Atlas: São Paulo. 27ª Ed. 2011.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Empório do Direito. 2ª Edição. 2017.

SANTOS, Marcel Ferreira dos. **Natureza Jurídica da Audiência de Custódia: Limites da Inquirição Conduzida pelo Estado-Juiz e a Inviabilidade de sua Utilização como Prova no Processo Penal**. Disponível

em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/3e57x458/kg162C5kNNz096MG.pdf>. Acesso em: 01/Jun/2017.

TÓPOR, Klayton Augusto Martins. NUNES, Andréia Ribeiro. **Audiência de Custódia: Controle Jurisdicional da Prisão em Flagrante**. Empório do Direito. 1ª Edição. 2015.

A VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL: O DEPOIMENTO ESPECIAL E A OBRIGATORIEDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS À LUZ DA LEI 13.341/2017

Andressa Tanferri SENTONE¹

RESUMO

A violência sexual praticada contra criança ou adolescente é crime de grande complexidade e de difícil enfrentamento, pois, em regra, é praticado de forma oculta, sem deixar vestígios ou testemunhas e, por vezes, a única prova passível de punir o agressor é a própria palavra da vítima. Sendo assim, a sua palavra se reveste de imprescindibilidade no processo penal, o que conduz a um dilema, de um lado ela é necessária em face de sua importância como única conhecedora dos fatos, de outro ela gera os efeitos da vitimização secundária, que consistem no constrangimento de reviver toda a situação danosa e no prejuízo à recuperação psicológica da vítima. O objetivo do presente trabalho é demonstrar que existem mecanismos capazes de minimizar estas consequências secundárias, como o depoimento especial e a produção antecipada de provas em caráter obrigatório, que foram recentemente regulamentados pela Lei nº 13.341/2017, demonstrando a preocupação do legislador em tratar as vítimas infanto-juvenis de forma diferencial, ampliando os seus direitos e a forma de protegê-las em face de sua vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: violência sexual; vitimização; depoimento especial; produção antecipada de provas.

ABSTRACT

Sexual violence against a child or adolescent is a crime of big complexity and difficult to cope with, as it is usually practiced in a hidden way, without leaving traces or witnesses, and sometimes the only evidence liable to punish the aggressor is the victim's word. Thus, his word is essential in criminal proceedings, which leads to a dilemma, on the one hand it is necessary in view of its importance as the sole knower of the facts, on the other it generates the effects of secondary victimization, which consist in the constraint of reviving all the damaging situation and in the prejudice to the psychological recovery of the victim. The objective of the present study is to demonstrate that there are mechanisms capable of minimizing these secondary consequences, such as the harmless testimony and the early production of evidence, which were recently regulated by the Law nº 13.341/2017, demonstrating the concern of the legislator to treat child victims in a differential way, expanding their rights and how to protect them in the face of their vulnerability.

KEY WORDS: sexual violence; victimization; special testimony; early production of evidence.

INTRODUÇÃO

Os crimes contra a dignidade sexual protegem a liberdade sexual do ser humano, punindo as condutas que atentem contra esse alvedrio de escolha, causando ofensa ao bem jurídico tutelado. Quando praticados contra criança e adolescente, a violência é ainda maior, tendo em vista que a

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP –PR. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Docente e coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Unopar Londrina. Advogada.

vítima, vulnerável, ainda se encontra em fase de desenvolvimento, não possuindo capacidade para consentir ou até mesmo compreender a conduta praticada.

A vitimização é a expressão utilizada para exprimir o processo pelo qual a vítima passa ao sofrer os danos e consequências geradas pelo fato delitivo, direta ou indiretamente. Entre outras classificações doutrinárias, será explorada no presente trabalho aquela que divide a vitimização em duas espécies, a primária e a secundária, com maior enfoque nesta última.

A vitimização primária está ligada aos efeitos imediatos do crime, como danos físicos, psicológicos e materiais. Além dos danos primários causados pelo crime, verifica-se em grande parte dos casos a chamada vitimização secundária, que decorre dos próprios trâmites ao qual a vítima se submete na busca da punição do agressor pelo Estado.

Esta espécie de vitimização é ainda mais comum quando se trata de crimes sexuais e ainda mais grave quando a vítima é criança ou adolescente, pois a vítima, vulnerável, ao ser utilizada como meio de prova no processo, é exposta a múltiplos entrevistas e depoimentos que a fazem reviver a experiência negativa vivenciada, o que, além de prejudicar a sua recuperação, pode causar danos psicológicos ainda mais graves.

Na busca de minimizar esta espécie de vitimização, o Estado cria mecanismos legislativos e procedimentais a fim de modificar o tratamento fornecido à vítima em casos de abuso sexual infanto-juvenil, tentando transpor as barreiras do formalismo administrativo e judicial, almeja-se oferecer um ambiente menos hostil para a produção da prova testemunhal, bem como evitar a sua repetição desnecessária.

Para tanto, ao longo do presente estudo, serão inicialmente tecidas considerações acerca das consequências do crime e do processo de vitimização. Em seguida, será abordada a importância da palavra da vítima como meio de prova, o que justificaria a exposição da criança ou adolescente a esta situação processual constrangedora, porém, necessária à busca da verdade real sobre os fatos.

Por derradeiro, diante da problemática exposta, será analisada a solução legislativa criada a partir da Lei nº 13.431/2017, que, na busca de ampliar a proteção e assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, regulamentou o depoimento especial, também conhecido como depoimento sem dano, e fixou a obrigatoriedade da produção antecipada de prova em casos específicos, a fim de reduzir a vitimização institucional decorrente dos ritos processuais cogentes.

O método escolhido para desenvolver a pesquisa, de caráter eminentemente teórico, foi o dedutivo, com revisão bibliográfica e documental, partindo de premissas gerais e verdadeiras relacionadas à vitimização da criança e do adolescente vítima de violência sexual e objetivando chegar a uma conclusão específica a respeito do tratamento diferencial necessário fornecido pelo Estado na busca de mitigar a sua ocorrência.

1 VIOLÊNCIA SEXUAL: A VITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

A violência sexual infanto-juvenil, praticada por meio de abusos ou exploração, trata-se de um fenômeno bastante complexo, de difícil enfrentamento que, além de causar enorme repulsa social, constitui grave violação à direitos humanos fundamentais, notadamente em razão da vulnerabilidade do menor, que não possui capacidade de compreensão e discernimento frente ao adulto que se aproveita desta hipossuficiência para satisfazer sua lascívia ou a de terceiros.

Quando se trata de criança ou adolescente menor de 14 anos, a violência sexual não precisa se materializar em um ato violento propriamente dito, com o emprego de força física ou intimidação moral, a violência nestes casos será sempre presumida em face da imaturidade psicológica e sexual da vítima que não possui capacidade para consentir ao ato. O entendimento dos tribunais superiores é pacífico sobre o tema:

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS (CP, ART. 213, C/C ART. 224, "A"). PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. TEMA INSUSCETÍVEL DE EXAME EM HABEAS CORPUS, POR DEMANDAR APROFUNDADA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. PLEITO PREJUDICADO.

1. **O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo [...]** (STF, 2011, online, grifo nosso).

Recentemente, em novembro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 593 dirimindo qualquer controvérsia sobre o assunto:

Súmula 593 do STJ: "O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".

Portanto, observa-se que além da inegável proteção à integridade física da vítima, os tipos penais que punem as condutas de violência sexual infanto-juvenil, previstos no Título VI do Código Penal, buscam também resguardar a sua integridade psíquica e moral:

O ato sexual, embora não violento, quando praticado contra criança ou adolescente, pode provocar tanto danos físicos, verificáveis, quanto danos realísticos à integridade psíquica e moral, não verificáveis por meio de exame físico, que serão tão maiores quando mais tenra a idade da criança/adolescente envolvida na prática, e merecerão valoração jurídico-penal igualmente proporcional (BRETAN, 2012, p. 104).

Na nova abordagem dos crimes sexuais se reconheceu a primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

Trata-se de um termo de conceito amplo, de difícil definição, eis que abrange variadas

condutas que podem ser demasiadamente invasivas, do ponto de vista sexual, como a conjunção carnal (cópula vaginal) e o coito anal, ou, podem limitar-se ao contato verbal ou visual que represente uma ultrapassagem dos limites impostos pela lei, ética e sociedade, como, por exemplo, a exposição da nudez da criança para satisfazer a lascívia de um adulto, ou, o assédio sexual verbal praticado contra a criança por meio de redes sociais.

Diversas são as formas de violência praticada contra crianças e adolescentes, sendo a violência sexual a que apresenta a maior dificuldade de identificação, pois nem sempre deixa vestígios físicos visíveis aos olhos ou trabalhos técnicos e periciais. Em contrapartida, as sequelas de ordem psíquica, também consideradas efeitos da vitimização primária, perpetuam por toda a vida do indivíduo, repercutindo nas mais graves consequências para a vítima em seu desenvolvimento afetivo e social.

1.1 A Vitimização Primária

Com o redescobrimento ou a revalorização da vítima a partir do século XX, o interesse em seu estudo e o seu papel dentro do próprio processo vem crescendo gradativamente. Com isso, a partir dos estudos vitimológicos, passou-se conceituar os efeitos causados direta e indiretamente pelo crime como espécies de vitimização.

A respeito do conceito de vitimização, Piedade Junior (1993, p. 107) assim descreve:

Vitimização, ou vitimação, ou processo vitimizatório, é a ação ou efeito de alguém (indivíduo ou grupo) se autovitimar ou vitimizar outrem (indivíduo ou grupo). É processo mediante o qual alguém (indivíduo ou grupo) vem a ser vítima de sua própria conduta ou da conduta de terceiro (indivíduo ou grupo), ou de fato da Natureza. No processo de vitimização, salvo no caso de autovitimização quando ocorre a autolesão, necessariamente, encontrasse a clássica dupla vitimal, ou seja, de um lado o vitimizador (agente) e de outro a vítima (paciente).

Sendo assim, partindo-se da classificação utilizada, a vitimização primária é aquela que decorre diretamente da prática do crime e da violência sofrida, ou seja, dependendo da espécie de crime, surgem diferentes consequências imediatas que atingem o sujeito material, física ou psicologicamente.

O abuso sexual infantil, em suas mais variadas formas, vitimiza a criança ou o adolescente em pleno estado de desenvolvimento físico e mental, gerando danos, que por vezes são irreversíveis, das mais variadas espécies e de diferentes intensidades, que dependerão de fatores ambientais e circunstanciais de cada caso concreto, tais como o nível de desenvolvimento mental e físico da vítima, o contexto no qual é praticado, o tempo de sua duração, etc.

Sobre a vitimização sexual, a psicologia jurídica apresenta o seguinte conceito:

Na vitimização sexual, a pessoa desempenha o papel de objeto de gratificação sexual do adulto. Trata-se de um jogo perverso, baseado em relação de poder, no qual a vítima é

submetida de maneira insidiosa, a ponto de não se dar conta da evolução do processo de vitimização. A agressão combina aspectos físicos e psicológicos. (FIORELLI e MANGINI, 2016, p. 218).

A respeito das consequências psicológicas comuns de se manifestarem entre as vítimas de crimes, especialmente dos sexuais por ser um dos mais traumatizantes e que mais gera sequelas psicológicas a longo prazo, Molina (2013, p. 29) discorre de forma clara e objetiva:

A vítima desses fatos criminosos padece de sentimentos de humilhação, ira, vergonha e impotência; preocupação constante pelo trauma; autculpabilização, com tendência a reviver o acontecimento e a se perceber como principal responsável por ele; perda progressiva de autoconfiança pelo sentimento de impotência que experimenta; alteração do sistema de valores, em particular, quebra de sua confiança nos demais e na existência de uma ordem justa; falta de interesse e motivação para realizar atividades e hobbies antes desempenhados; incremento de sua vulnerabilidade com o temor de viver em um mundo perigoso e perda do controle de sua própria vida; diminuição da autoestima; ansiedade, depressão, agressividade; alterações do ritmo e conteúdo do sono; disfunções sexuais; dependência e isolamento; mudanças drásticas no estilo de vida, medo de frequentar os lugares de costume, etc.

A vitimização primária, em sua essência, dificilmente poderá ser evitada, pois uma vez sofrido o abuso, não há como apagar os danos e as consequências, que são amplas, nefastas, e geram um prejuízo para identidade que pode ser incalculável e irrecuperável (FIORELLI e MANGINI, 2016, p. 211), porém, é possível reduzi-los a médio e longo prazo, por meio de acompanhamento médico, psicológico e social apropriado.

A grande celeuma consiste no tratamento adequado conferido às vítimas de abusos para se evitar os efeitos secundários da vitimização, que serão o ponto chave para a sua recuperação ou para o agravamento dos danos experimentados.

Os ritos burocráticos inerentes à apuração e punição do crime, que em regra já submetem à vítima a constrangimentos e a obrigam a reviver o mal sofrido, somados à inadequada intervenção profissional, seja ela realizada no âmbito investigativo ou judicial, podem gerar consequências ainda mais negativas à vítima adensando o seu sofrimento. Esta atuação equivocada do Estado, capaz de prejudicar a situação da vítima, é chamada de vitimização secundária, revitimização ou sobrevitimização.

1.2 A Vitimização Secundária

A vitimização secundária é aquela causada pelas instâncias formais de controle social que ocorre durante o processamento do crime, sendo que, usualmente, o próprio rito processual previsto em lei é moroso e exige que a vítima se submeta mais de uma vez ao constrangimento de relatar os fatos e reviver o crime perante diferentes órgãos públicos.

Sobre a vitimização secundária, define Luciane Potter:

[...] no âmbito procedimental, podemos verificar outro tipo de vitimização, onde a violência

é causada pelo sistema de justiça que viola outros direitos, vitimizado novamente a criança ou adolescente, denominado “vitimização secundária”, que pode dificultar (senão inviabilizar) o processo de superação ou elaboração do fato (violência psíquica), podendo ainda provocar uma sensação de impotência, desamparo e frustração com o sistema de controle social/jurídico, provocando descrédito e desconfiança nessas instituições.

Após o ato de violência e a ocorrência do crime chegar ao conhecimento das autoridades, surge a necessidade de se apurar a infração e buscar a responsabilização criminal de seu autor. Para tanto, o relato oficial da vítima se mostra essencial.

Seguindo o rito previsto em nossa lei processual penal, após a revelação do abuso sexual, iniciam-se diversos procedimentos de investigação dos fatos, encaminhando-se a criança ao Conselho Tutelar, local onde às vezes se realiza a primeira entrevista pessoal com a vítima, à Delegacia de Polícia, quando é também inquirida pela autoridade policial, ao Instituto Médico Legal para a realização dos exames de corpo de delito e, aos Órgãos especializados na proteção e no tratamento psicológico da criança, quando novamente é esta questionada acerca dos abusos sexuais sofridos.

Por fim, depois de exaustivamente explanar o evento abusivo traumático a distintos e numerosos profissionais de diferentes áreas do conhecimento e em vários momentos da fase pré-processual, a vítima finalmente é ouvida em Juízo, o que pode ocorrer após anos da descoberta dos fatos delituosos, quando, então, é novamente exposta às lembranças da violência suportada.

Nas palavras de Potter (2010, p. 20), o fenômeno da revitimização pode ser considerado uma “violência institucional do sistema processual-penal, fazendo das vítimas novas vítimas, agora do estigma processual-investigatório”.

Além do rito, traumático por si só, deve ser considerado também o frequente despreparo dos agentes que realizam o atendimento da vítima, especialmente nas repartições policiais e órgãos judiciais, que a tratam como mero objeto de investigação ou meio de prova. Apesar do aparato avançado do sistema judiciário e Ministério Público no Brasil, verifica-se que em situações particulares, notadamente as que envolvem crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais e que exigem um preparo técnico específico para o atendimento e a colheita de provas, ainda há bastante deficiência no trato com a vítima.

Em capitais e grandes centros, observa-se a existência de equipes multidisciplinares de atendimento, que contam com psicólogas e assistentes sociais, e que possibilitam a amenização os efeitos secundários do crime em face da melhor preparação para lidar com estes casos específicos. Porém, em cidades menores, onde não há vara especializada, o atendimento e a colheita de provas será realizado pelos próprios agentes da polícia civil ou policiais militares no primeiro momento e, posteriormente, pelo promotor de justiça e juiz nos moldes tradicionais, em sede de instrução

processual.

Atualmente, verifica-se uma maior preocupação com a vitimização secundária nos casos de violência sexual em relação à primária, pois em que pese a falha na prevenção do crime que vitimou inicialmente a criança ou o adolescente, o Estado é totalmente responsável por resguardar o respeito às garantias e aos direitos fundamentais das vítimas de crime no curso do processo penal, não podendo seus agentes atuarem com mais violência revestidos pelo manto institucional, agravando a situação delicada em que se encontram essas vítimas. Nesse sentido, revela Oliveira (1999, p. 113):

Vale analisar alguns possíveis motivos pelos quais a vitimização secundária é mais preocupante que a primária. O primeiro deles diz respeito ao desvio de finalidade: afinal, as instâncias formais de controle social destinam-se a evitar a vitimização. Assim, a vitimização secundária pode trazer uma sensação de desespero e frustração maior que a vitimização primária (do delinquente, a vítima não esperava ajuda ou empatia).

O excesso de formalismo judicial ou a submissão a situações repetidas de constrangimento e humilhação daqueles que já foram vítimas de crime, especialmente crianças e adolescentes, é um grave desvio da tutela jurisdicional que acarreta violação à própria dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, exsurtem críticas quanto à própria utilização da oitiva da vítima como meio de produzir prova no processo penal. A autora Maria Regina Fay de Azambuja posiciona-se de forma contrária a tal sistemática, tecendo em sua obra severas críticas à inquirição judicial das vítimas de abuso sexual:

[...] Igualmente, procedimentos voltados a sobrecarregar a criança com a produção da prova precisam ser repensados e reexaminados à luz dos conhecimentos científicos disponíveis em diferentes áreas do saber e da proteção integral que a lei lhe assegura. [...] Prosseguir exigindo da criança vítima de violência sexual a produção da prova através da inquirição judicial, ainda que revestida de uma nova roupagem, como propõe o depoimento sem dano, parece covardia. (AZAMBUJA, 2011. p. 172 – 173.)

A revitimização em sua essência na sistemática processual brasileira atual não pode ser evitada, pois a persecução penal e a busca pela verdade conferem à palavra da vítima enorme valor probatório, conforme será adiante demonstrado, especialmente em crimes sexuais que são praticados em situação de deliberada ocultação, razão pela qual a sua participação na busca da verdade real é imprescindível e, conforme já mencionado, o constrangimento dos depoimentos e dos trâmites judiciais e extrajudiciais, por si só, já geram efeitos secundários da vitimização.

O que se busca, pois, é a minimização dos efeitos da sobrevitimização, tanto na esfera procedimental, com a alteração do rito para que a oitiva da criança ou adolescente seja a menos invasiva possível, bem como com a capacitando de agentes públicos que terão contato direto com a vítima para que o tratamento conferido respeite os seus direitos fundamentais, assegurando primordialmente a sua dignidade.

2 A PALAVRA DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL NO PROCESSO PENAL

Nos crimes sexuais praticados contra criança e adolescente a palavra da vítima tem grande validade como prova, principalmente porque, na grande maioria dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas, por ocorrerem usualmente na clandestinidade, no momento em que o abusador se aproveita do fato de estar sozinho com a criança ou o adolescente.

Em grande parte dos casos, a materialidade do delito sexual não pode ser devidamente demonstrada por meio de exame pericial, pois sequer deixa vestígios, seja pelo decurso do tempo, por peculiaridades pessoais e físicas da vítima ou pela própria característica do abuso realizado, sendo o laudo quase sempre inconclusivo.

Este fato é ainda mais comum quando se trata da prática unicamente de atos libidinosos, que por sua natureza já não costumam deixar marcas aparentes, podendo, o relato da vítima, constituir-se na única prova possível de ser obtida para se confirmar o abuso sexual.

Sob tal prisma, deve-se atribuir uma importância diferencial à palavra da vítima, pois esta se revela um caminho relevante na apuração da verdade real dos fatos e exercerá forte influência na decisão do magistrado, quando coerente e corroborada pelos demais elementos do conjunto probatório. O entendimento dos Tribunais Regionais e Superiores é de que o depoimento coerente e harmonioso da criança possui alto valor probatório.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "É possível ao relator apreciar o mérito do recurso especial ao julgar monocraticamente o agravo, sem que isso configure ofensa ao princípio da colegialidade" (AgRg no AREsp 728.063/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 21/9/2015). 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, "nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima é de suma importância para o esclarecimento dos fatos, considerando a maneira como tais delitos são cometidos, ou seja, de forma obscura e na clandestinidade" (AgRg no AREsp 652.144/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2015, DJe 17/06/2015). 3. Na espécie, verifica-se que a vítima prestou depoimentos detalhados e coerentes, tanto na fase inquisitiva quanto em juízo, os quais foram corroborados pelas demais provas colhidas no curso do processo, notadamente o depoimento das testemunhas e o relatório psicossocial. 4. As instâncias ordinárias, soberanas na análise do material fático-probatório, foram categóricas em afirmar que o crime de estupro de vulnerável restou devidamente consumado. Nesse contexto, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, a fim de absolver o acusado pela prática do delito que lhe foi imputado, seria necessário novo exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 2018, online).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal estadual, ao analisar os elementos de prova constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de vulnerável. 2. A pretensão de

desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnano pela absolvição ou readequação típica da conduta, não encontra amparo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material fático-probatório, que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. Este Sodalício há muito firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes contra dignidade sexual, geralmente ocorridos na clandestinidade, a palavra da vítima adquire especial importância para o convencimento do magistrado acerca dos fatos. 4. Assim, a palavra da vítima mostra-se suficiente para amparar um decreto condenatório por delito contra a dignidade sexual, desde que harmônica e coerente com os demais elementos de prova carreados aos autos e não identificado, no caso concreto, o propósito de prejudicar o acusado com a falsa imputação de crime. 5. Agravo regimental improvido (STJ, 2018, online).

Sobreleva destacar que há entendimento contrário, no sentido de que a criança ou adolescente vítima de violência sexual não deveria ser ouvida juízo e utilizada como meio de prova no processo, ainda que por meio de procedimento especial realizado por agentes preparados, como psicólogas e assistentes sociais, a fim de resguardar a sua integridade psíquica e impedir a sobrevitimização:

[...] Igualmente, procedimentos voltados a sobrecarregar a criança com a produção da prova precisam ser repensados e reexaminados à luz dos conhecimentos científicos disponíveis em diferentes áreas do saber e da proteção integral que a lei lhe assegura. [...] Prosseguir exigindo da criança vítima de violência sexual a produção da prova através da inquirição judicial, ainda que revestida de uma nova roupagem, como propõe o depoimento sem dano, parece covardia. (AZAMBUJA, 2011, p. 172-173).

Em oposição à tese suscitada, Furniss (1993, p. 20) ressalta o equívoco cometido pelos adultos ao deixarem de ouvir a criança, de falar com ela sobre a situação abusiva, imaginando-se que, agindo assim, estarão protegendo o infante:

Ao fazermos isso nós negamos a própria experiência da criança, e ao negar e rejeitar a experiência de abuso sexual sofrido pela criança, nós rejeitamos a própria criança. O que a criança sente é que o adulto não quer ouvir sobre sua experiência, da mesma maneira como as pessoas não queriam acreditar no abuso ou saber dele antes.

Também partilha deste entendimento a Promotora de Justiça Velda Dobke (2001, p. 61):

A atitude do inquiridor em dispensar o relato da vítima demonstra, inequivocamente, um bem-intencionado senso de proteção. Mas essa medida, aparentemente protetora, de não falar sobre a experiência sobre o abuso sexual, frequentemente transmite uma mensagem muito diferente para a criança. Ao assim agir, está o inquiridor negando a experiência da vítima e, com isso, a própria criança, o que é por ela percebido. E, ao deixar de examinar a experiência, por razões protetoras, os operadores do direito reforçam a experiência do abuso como síndrome do segredo.

Na prática, o que se vislumbra é a realização da oitiva da vítima e a utilização de seu depoimento como meio crucial de prova em razão de sua relevância. Todavia, cabe aos advogados, membros do Ministério Público e do Judiciário, fazendo o uso do bom senso e em respeito à saúde mental da vítima, levarem em consideração os laudos de estudo psicossocial quando contraindicarem a sua oitiva, por ser prejudicial à sua recuperação em face das circunstâncias do caso ou de suas qualificações pessoais.

Ademais, quando viável a oitiva da vítima para obtenção da verdade sobre os fatos e

consequente responsabilização do agente delitivo, torna-se imperiosa a disponibilização dos meios adequados para que os relatos sejam obtidos em um local onde a vítima se sinta mais confortável, podendo discorrer livremente sobre os fatos, sem que o medo ou o receio gerado pelo formalismo da audiência altere o seu depoimento e prejudique a suas lembranças:

A dificuldade de obtenção de provas consistentes é parcialmente responsável pelos baixos índices de responsabilização de pessoas que cometem violência sexual contra crianças [...]. Dessa maneira, o desconforto, o estresse psicológico e o medo que crianças e adolescentes sentem ao depor em processos judiciais conectam-se com a impunidade. (SANTOS; GONÇALVES, 2009, p. 11)

Sendo assim, revela-se a necessidade emergente de sensibilização e conscientização dos profissionais que atuam frente aos casos de abuso sexual infantil de que é imprescindível a intervenção multidisciplinar ao realizar a escuta das crianças, por meio de atuação protetora e terapêutica, objetivando, assim, a produção de uma prova de qualidade, que favoreça o processo, sem prejudicar o menor.

Diante desse cenário, recentemente foi promulgada a Lei nº 13.431/2017, que aumentou a proteção da criança e adolescente vítimas de violência e instituiu um sistema de garantias nos procedimentos, tanto na fase investigativa quanto na judicial, especialmente no que diz respeito a tomada de depoimentos, a fim de assegurar o respeito à sua dignidade e intimidade, bem como de reduzir os danos secundários causados pela vitimização institucional.

3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS EM CARÁTER OBRIGATÓRIO NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE E O DEPOIMENTO SEM DANO – LEI 13.431/2017

O Estado, por meio dos três poderes que o compõe, conjuntamente à família e à sociedade, possui o dever de tornar efetivos os direitos adquiridos pelas crianças, através da implementação de mecanismos práticos e políticas públicas adequadas a tanto.

A Lei nº 13.431/2017 foi um avanço legislativo na proteção de direitos da criança e adolescente vítimas de violência, pois supriu uma lacuna legal que vinha sendo eventualmente e de forma improvisada completada por projetos regionais a respeito da obtenção da prova testemunhal referente às vítimas vulneráveis.

Por muito tempo o legislador infraconstitucional permaneceu omissivo quanto aos procedimentos específicos para a oitiva de crianças ou adolescentes em juízo, sendo que estas vítimas de abuso sexual eram, tradicionalmente, inquiridas pelos mesmos meios aplicados àquelas que não necessitam de especial proteção.

O modelo tradicional implicava na realização de questionamentos à criança ou adolescente, em uma sala de audiência comum, na presença de um número considerável de aplicadores do

direito, como juiz, promotor, advogados e servidores da justiça, com o intuito de fazê-la deliberar sobre os fatos delitivos pelos quais passou, sem a preocupação de que esta prática causava à vítima uma violação de seus direitos fundamentais, como a dignidade, a privacidade e a intimidade, violentando-a ao ter que fazê-la experimentar, novamente, o sofrimento dos abusos sexuais que lhe causaram tanta dor.

É possível verificar que, no modelo tradicional de inquirição de crianças vítimas de abuso sexual, os esforços costumam se concentrar na investigação a respeito do crime e na punição ao agressor, sem preocupação com o sofrimento das vítimas.

Sobre os efeitos negativos na criança através do tradicional modelo das audiências, aborda Daltoé (2010, p. 77):

A forma como as audiências rotineiramente se realizam determina, na maior parte dos casos, que crianças e adolescentes nada falem, muitas vezes chorem e fiquem emocionalmente impedidas de apresentarem um relato minimamente lógico (dentro das condições pessoais do depoente) e aceitável, fiquem tensas e amedrontadas, circunstâncias essas que inviabilizam a responsabilização do abusador, ante a fragilidade da prova produzida.

Em respeito ao princípio da igualdade material, as crianças e adolescentes devem receber um tratamento desigual, principalmente no processo penal, quando são vítimas de abuso sexual, pois a Carta Magna², bem como o ECA, estabeleceram atenção diferenciada a elas, pois “[...] a frieza e a formalização dos procedimentos judiciais, a falta de acolhida e ambientação às vítimas infanto-juvenis são fatores que potencializam a vitimização secundária” (POTTER, 2010, p. 26).

A fim de contornar a lacuna legislativa e evitar os danos secundários causados pelo sistema tradicional de obtenção de provas, foi criado o Projeto Depoimento Sem Dano, também chamado de Depoimento Especial, originário da cidade e Comarca de Porto Alegre-RS, a partir da percepção dos operadores do direito atuantes nas demandas processuais envolvendo crianças e adolescentes, da necessidade de se implantar à sistemática processual vigente mecanismos alternativos à inquirição judicial daqueles sujeitos.

O precursor do projeto, o Juiz de Direito José Antônio Daltoé Cezar, relata os pontos norteadores da iniciativa, mencionando a dificuldade encontrada por ele ao desempenhar o seu papel nos processos em que era necessário inquirir uma criança vítima de abuso sexual, admitindo o seu despreparo e a sua incapacidade de lidar com a situação:

Percebi também que, embora houvesse um maior esforço para que as inquirições em Juízo se procedessem com mais tranquilidade para as vítimas, assim como com regularidade processual para os acusados, na maior parte dos casos, ante a inapropriação dos meios físicos e humanos utilizados pela justiça criminal, as informações prestadas na fase policial

² 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.

não se confirmavam em Juízo (DALTOÉ, 2007, p. 59).

O projeto teve como objetivo a inquirição de crianças vítimas de abuso sexual, substituindo o ambiente formal da sala de audiências e deslocando a inquirição para uma sala especialmente projetada, como uma forma de colher a prova oral de uma maneira “mais tranquila e profissional, em ambiente mais receptivo, com a intervenção de técnicos previamente preparados para tal tarefa” (DALTOÉ, 2006, p. 2).

Nesta sala especial, conectada por vídeo e áudio à sala de audiência, a vítima, distante do réu, bem como dos aplicadores do direito, sente-se mais confortável em revelar os detalhes de como se deu os fatos abusivos. O magistrado, promotor de justiça, advogado, réu e demais serventuários da justiça, podem interagir durante a oitiva da criança, através de um comunicador com o profissional que realiza a oitiva, “[...] poupando a vítima de exposição pública ou, pelo menos, de estar diante do ambiente austero da sala de audiências” (NUCCI, 2012, p. 120).

A inquirição é realizada por meio de um técnico especializado, da área da psicologia ou assistência social, no papel, basicamente, de um intermediador qualificado, repassando as perguntas feitas pelos profissionais do direito, evitando, deste modo, perguntas inapropriadas, impertinentes, agressivas e desconectadas não só do objeto do processo, mas principalmente das condições pessoais do da criança.

Considerando que a criança, vítima de abuso sexual, carrega consigo o abalo psíquico decorrente da vitimização primária, a habilidade do entrevistador em abordar essa criança, reconhecendo seus limites e potencialidades, é condição imprescindível para se obter dados mais detalhados, devendo-se evitar uma atitude sugestiva para a produção de prova. Exige-se, portanto, um profissional altamente capacitado e bem treinado, para que se possa promover uma entrevista adequada com a vítima e, também, fazer com que ela se sinta à vontade para relatar os fatos.

Durante a inquirição, o profissional permanece em contato direto com o magistrado por meio de um ponto eletrônico, para que o magistrado possa indicar questões a serem formuladas, sendo que o psicólogo ou o assistente social deve transmitir às crianças perguntas que estas possam entender. O profissional que irá colher o depoimento deve informar a criança sobre a existência de câmeras no local, a fim de respeitar a sua intimidade.

Ademais, a criança permanece junto com o profissional em um ambiente lúdico, especialmente projetado para este fim, composto por brinquedos e objetos infanto-juvenis. Os brinquedos podem contribuir para que a criança se sinta mais confortável em demonstrar a situação abusiva.

Apesar de encontrar respaldo legal nos dispositivos que determinam a proteção integral da criança, tanto na Constituição Federal, como no ECA, a implementação na prática do Depoimento

Sem Dano encontrava barreiras na ausência de regulamentação específica sobre o tema, que discriminasse os passos a serem adotados e a forma correta de sua aplicabilidade.

Após a implementação inicial na Comarca de Porto Alegre/RS, o projeto se disseminou por diversos estados brasileiros, como o Paraná e São Paulo, sendo que, pela ausência de um padrão específico a ser seguido, os estados desenvolviam projeto próprio, inspirados na iniciativa sulista, e os aplicavam na medida de suas possibilidades.

Inicialmente, na tentativa de nacionalizar e padronizar o tratamento fornecido a crianças e adolescentes vítimas de violência, o Conselho Nacional de Justiça criou a Recomendação nº 33/2010 que sugeriu a criação de serviços especializados com esta finalidade e fixou diretrizes para sua implantação.

A Recomendação foi utilizada para suprir a lacuna legal e fundamentar a necessária utilização da forma especial de depoimento até muito recentemente, quando finalmente o Poder Legislativo promulgou a Lei nº 13.431/2017, que passou a vigorar em abril de 2018 e dedicou um título específico para tratar da escuta especializada e do depoimento especial³, que não difere dos moldes nos quais vinha sendo realizado.

Além de regulamentar todo o procedimento de colheita de provas relativas à criança e adolescente vítima de violência, a lei determinou a obrigatoriedade da produção antecipada de provas quando a criança tiver menos de 7 anos ou em caso de violência sexual, independentemente da idade.

Como regra no processo penal, a prova deve ser produzida em juízo e sob o crivo do contraditório, respeitando-se o princípio elencado no art. 5º, inciso LV da CF/88, de modo a permitir que a parte contrária exerça o direito de refutar a prova, manifestando-se acerca de sua qualidade, bem como de aspectos essenciais que devem acompanhá-la, tais como validade, pertinência, autenticidade, imparcialidade, licitude e relevância.

A produção antecipada da prova em matéria criminal, discriminada no art. 156, inciso I, do CPP, é, portanto, medida de caráter excepcional, admitida normalmente apenas nas situações em

³ Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

- I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;
- II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;
- III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;
- IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;
- V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;
- VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

que se vislumbra a inviabilidade de se produzir a prova no momento indicado pelo rito processual como oportuno, pelo que, está condicionada à presença de cinco requisitos essenciais, quais sejam, urgência, relevância, necessidade, adequação e proporcionalidade.

Sobre a produção antecipada da prova, destaca-se o conceito trazido por Aury Lopes Junior (2013, p. 608):

Significa que aquele elemento que normalmente seria produzido como mero ato de investigação, e posteriormente repetido em juízo para ter valor de prova, poderá ser realizado uma só vez, na fase pré-processual, e com tais requisitos formais que lhe permitam ter o *status* de ato de prova, isto é, valorável na sentença, ainda que não colhido na fase processual (JUNIOR, 2013, p. 608).

Diante de todo o exposto ao longo do presente trabalho, vislumbra-se que o dano secundário causado nas vítimas de violência sexual pelo modelo tradicional de obtenção de provas é extremamente prejudicial para a sua recuperação, não restando dúvidas de que a criança e adolescente vítimas de crimes sexuais estão em situação deveras excepcional dentro do contexto da normalidade social, devendo, portanto, receber tratamento diferencial do sistema processual e das instituições de controle.

Além do sofrimento adicional gerado pela necessidade da repetição do depoimento e revivência do ocorrido, o depoimento judicial procedido tardiamente, isto é, em largo período de tempo após a revelação dos fatos prejudica a lembrança com exatidão da verdade, especialmente quando se trata de vítima criança ou adolescente, podendo gerar sensação de descrédito de sua palavra, o que acarreta muitas vezes na absolvição do ofensor:

“(...) as crianças lembram de fatos, em geral, com menos detalhes que os adultos, principalmente as com menos de cinco anos, o que não significa dizer que estão mentindo, apenas que não são detalhistas como os adultos, ou seja, possuem memória, capacidade de recordar menos que estes. Há que se dizer, no entanto, que situações de trauma intenso podem provocar esquecimento dos acontecimentos por tempo indeterminado.” (DOBKE, 2001, p. 39).

Por esta razão, ao evitar a exposição dos menores às múltiplas entrevistas e oitivas oficiais, garante-se maior qualidade à prova, eis que a vítima provavelmente estará ao tempo de sua oitiva contando com maior disposição em narrar os episódios delituosos, o que possibilita alcançar informações cruciais e precisas acerca dos delitos apurados, as quais deverão auxiliar no convencimento do magistrado, diminuindo, por assim dizer, os índices de absolvição por falta de prova.

Antes mesmo da promulgação da lei, os tribunais já vinham decidindo pela produção antecipada da prova nessas situações, a fim de evitar a revitimização, mesmo sem fundamento legal específico para tanto:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA VULNERÁVEL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA - DEPOIMENTO DA

VÍTIMA. POSSIBILIDADE. 1. Se os indícios indicam a existência de crime de estupro de vulnerável, mostra-se relevante a produção antecipada de provas, devendo ser colhida em data mais próxima do evento, a fim de facilitar o resgate dos fatos na memória da vítima, como também evitar a submissão da ofendida a sofrimento desnecessário. 2. Como a produção antecipada de provas não gera nenhum prejuízo para a defesa, já que o ato poderá ser realizado na presença de defensor nomeado pelo indiciado, nos casos em que são tutelados os direitos da criança e do adolescente, que visa a minimizar os traumas decorrentes de abusos sexuais e evitar a revitimização da criança, torna-se imperiosa a concessão do pedido. 3. Recurso conhecido e provido (TJ-DF, 2017, online).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VUNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 156, I, DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A instância ordinária, à luz das peculiaridades do caso (= estupro de vulnerável cometido contra crianças de 10 e 8 anos de idade), apresentou fundamentação jurídica idônea para justificar a produção antecipada de provas, destacando a urgência, a relevância e a proporcionalidade da medida, nos termos do art. 156, I, do Código de Processo Penal. Não há, portanto, vício de fundamentação. 2. Ademais, qualquer conclusão desta Corte acerca da desnecessidade da medida antecipatória seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que não é admitido em sede habeas corpus. 3. Por fim, não se pode afirmar que tal medida cautelar implique constrangimento ilegal ao direito de locomoção do recorrente, sanável via habeas corpus. Isso porque, se oferecida denúncia, poderá o acusado, com observância ao devido processo legal, sustentar suas teses e produzir provas de suas alegações, as quais serão oportunamente examinadas. Nada impede, inclusive, que a defesa postule a repetição da prova oral produzida. 4. Recurso ordinário não conhecido (STF, 2015, online).

Outrossim, destaca-se, o caráter obrigatório da lei, ou seja, a realização da prova antecipada nos casos especificados no art. 11, § 1º, não mais está sujeita à liberalidade do juiz, consubstancia-se em direito subjetivo da vítima que, necessariamente, receberá tratamento diferencial em razão de sua vulnerabilidade.

À luz desse panorama, verifica-se que a lei possui uma preocupação com a revitimização da criança ou do adolescente oriunda não somente da forma desastrosa como por vezes são inquiridas judicialmente, atentando-se igualmente para os danos causados pela submissão das vítimas de violência sexual a reiteradas oitivas pelos diversos órgãos envolvidos no caminho entre a revelação dos fatos delituosos até o fim do trâmite do processo criminal de responsabilização do agressor.

Em arremate, insta advertir que a lei não é perfeita, ainda existem lacunas relacionadas ao procedimento e protocolo a serem adotados, tanto no depoimento especial, quanto na produção antecipada de prova – especialmente no que diz respeito ao envolvimento de profissionais de outras áreas que atuarão em sua produção – que dependerão do complemento de outras normas ou atos administrativos, mas, de toda forma, a ampliação na proteção dos direitos da criança e do adolescente trazida pela lei é inegável e este avanço legislativo deve ter seu mérito reconhecido.

CONCLUSÃO

As crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual encontram-se expostas a uma segunda

forma de vitimização, derivada, especialmente, da débil sistemática processual vigente, que as submetiam a reiteradas e insensíveis oitivas, práticas que lhes acarretam intenso dano secundário e violavam seus direitos fundamentais.

O Estado é, portanto, inteiramente responsável pela sobrevitimização institucional causada às vítimas, sendo sua responsabilidade a concepção de mecanismos para evitar ou minimizar os traumas advindos dos trâmites burocráticos decorrentes da persecução penal, tanto na fase administrativa, quanto na processual.

Vislumbra-se, pois, com a criação da Lei nº 13.341/2017, a preocupação expressa do legislador com o resguardo da integridade física, psíquica e emocional da criança ou do adolescente submetido ao depoimento judicial, com o resguardo de seus direitos fundamentais, com as circunstâncias pessoais do depoente, bem como o seu cuidado em evitar a revitimização derivada das sucessivas inquirições dos menores sobre um mesmo fato.

A referida lei, ao assegurar o tratamento diferencial necessário para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência, por meio do depoimento especial, cumpre com os objetivos constitucionais de proteção dos seus direitos fundamentais, especialmente o direito à dignidade e intimidade, de forma a tornar menos constrangedora a sua utilização como meio de prova, já que em crimes de natureza sexual particularmente a palavra da vítima se reveste de importância probatória ímpar.

Outrossim, dessume-se que a obrigatoriedade fixada pela lei de se colher a oitiva da criança ou do adolescente vitimados em sede de prova antecipada, mostra-se como uma alternativa inteligente e viável à minoração dos danos secundários às vítimas de abuso sexual, na medida em que impede que voltem a reviver uma experiência traumática de suas vidas em tempo inapropriado, tardio, contribuindo, assim, com a evolução do tratamento psicoterápico e garantindo-se os direitos à integridade psíquica e moral.

Portanto, a antecipação da oitiva da vítima é medida adequada, enquanto capaz de alcançar a prova buscada, necessária, tanto para a proteção da integridade psíquica da vítima quanto para a atribuição de valor probatório pleno à sua palavra, e proporcional, uma vez que se encontra em um ponto de equilíbrio entre o resguardo dos direitos da vítima, a pretensão punitiva do Estado e o respeito às garantias do acusado.

Conclui-se, por fim, que as medidas e procedimentos trazidos pela lei, apesar de não serem institutos novos, uma vez que já vinham sendo aplicados mesmo com a ausência de regulamentação em alguns Tribunais de forma deliberada, demonstram a preocupação estatal em ampliar os direitos e garantias das crianças e adolescentes vítimas de crimes.

REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. Habeas Corpus: HC 109.206/RS. Relator: Min. Luiz Fux. DJe 16/11/2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20760039/habeas-corpus-hc-109206-rs-stf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 121494. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. DJe: 15/06/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000259452&base=baseAcordaos>>. Acesso em 14 jul. 2018.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Agravo Regimental: AgRg no AREsp 1258176. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 15/06/2018. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/acordao/2114703>>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Agravo Regimental: AgRg no AREsp 1211243. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJe 29/06/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595667319/agravo-em-recurso-especial-aresp-1306848-mg-2018-0138787-4>>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- BRETAN, Maria Emilia Accioli Nobre. Violência sexual contra crianças e adolescentes mediada pela tecnologia da informação e comunicação: elementos para a prevenção vitimal. 2012. 326 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- CEZAR, José Antônio Daltoé. A escuta de crianças e adolescentes em juízo. uma questão legal ou um exercício de direito?. In: POTTER, Luciane (org.). Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2010.
- CÉZAR, José Antônio Daltoé.. Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CEZAR, José Antônio Daltoé. Projeto depoimento sem dano: direito ao desenvolvimento sexual saudável. Projeto apresentado no XXI Congresso Nacional da ABMP, 2006. Disponível em: <http://www.asppe.org/index_arquivos/projeto_depoimento_sem_dano.pdf>. Acesso: 11 jul. 2018.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Primeira Turma Criminal. Processo 20160310116133 - Segredo de Justiça 0011347-93.2016.8.07.0003. Relator: Ana Maria Amarante. DJe: 04/05/2017, Pág.: 399/419. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455343444/20160310116133-segredo-de-justica-0011347-9320168070003?ref=serp>>. Acesso em: 14 jul. 2018.
- DOBKE, Velda. Abuso sexual: a inquirição de crianças uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.
- IORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. Psicologia Jurídica. – 7ª ed. – São

Paulo: Atlas, 2016.

FURNISS, Tilman. Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito processual penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. O que é criminologia? – 1.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. A Vítima e o Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Lucimara Martins. Violência sexual doméstica contra crianças e adolescentes: uma proposta. multidisciplinar de atendimento. In: Centro Regional dos Maus-Tratos na Infância (org). **Abuso sexual doméstico**: atendimento às vítimas e responsabilização do agressor. Brasília, DF: UNICEF, 2002. p. 18.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia: evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993.

POTTER, Luciane. Violência, vitimização e políticas de redução de danos. In: _____ (org.). Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2010.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista; Childhood Brasil. (orgs.). Depoimento sem medo (?): culturas e práticas não-revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. 2 ed. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009.

DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO E CONSUMO PESSOAL DE DROGAS: DA DESPENALIZAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO À DESCRIMINALIZAÇÃO EM PORTUGAL

Aline Terra Ribeiro Souza REIS
Silvana Cristina Cruz e MELO¹

RESUMO

A descriminalização do uso e consumo pessoal de drogas é uma preocupação de vários países que se mobilizam na procura da melhor forma de tratar os usuários de drogas, dependentes ou ocasionais. O assunto ultrapassa o âmbito jurídico e exige uma maior participação da sociedade e do Estado, no sentido de dar suporte ao usuário dependente para que abandone o vício e, para o ocasional, condições para que a dependência química não ocorra. Brasil e Portugal diferem no tange ao sistema de combate ao uso e consumo pessoal de drogas, já que no primeiro houve a despenalização do uso e consumo, conforme disposto no artigo 28 da Lei de Drogas, enquanto no segundo, a descriminalização foi a solução encontrada para o enfrentamento da questão. A proposta deste estudo é analisar brevemente o sistema de combate ao uso e consumo de drogas no Brasil, bem como a descriminalização havida em Portugal, visando demonstrar que o sistema português é mais eficiente, humano e digno em relação ao usuário e, também, mais eficaz em seus resultados. Para isto, foi utilizado o estudo bibliográfico e transnacional, pautado em uma vasta bibliografia sobre o assunto, assim como em elementos históricos, sociais e jurídicos. A consulta de tais textos foi realizada em acervos públicos e privados, além do estudo comparado da legislação pátria com a portuguesa.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas. Consumo Pessoal. Despenalização. Descriminalização.

ABSTRACT

The decriminalization of personal use and consumption of drugs is a concern of several countries mobilizing to seek the best way to treat drug users, whether dependent or occasional. The subject goes beyond the legal scope and requires a greater participation of society and the State, in order to support the dependent user to abandon the addiction and, for occasional, conditions so that chemical dependency does not occur. Brazil and Portugal differ in relation to the system to combat the use and personal consumption of drugs, since in the first one there was the decriminalization of use and consumption, as provided in article 28 of the Drug Law, while in the second, decriminalization was the solution found to address the issue. The purpose of this study is to briefly analyze the system to combat drug use and consumption in Brazil, as well as the decriminalization in Portugal, aiming to demonstrate that the Portuguese system is more efficient, humane and dignified in relation to the user, and also more effective in their results. For this, a bibliographical and transnational study was used, based on a vast bibliography on the subject, as well as historical, social and legal elements. Consultation of such texts was carried out in public and private collections, in addition to the comparative study of Portuguese and Portuguese legislation.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (FUNDINOP), de Jacarezinho Paraná, Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus de Londrina. Atualmente é advogada, Coordenadora do curso de Direito das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí; Coordenadora de Trabalho de Conclusão de Curso das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí; Coordenadora dos Cursos de Pós Graduação em Direito Civil e Processo Civil e de Direito Penal e Processo Penal da ESAP/Univale; Professora das disciplinas de Teoria Geral do Processo; Direito Processual Civil I e II e Direito do Consumidor na graduação em direito e de Legislação da Saúde no Brasil, no programa de Pós-Graduação em Auditoria, da Esap/Univale.

KEY WORDS: Drugs. Personal Consumption. Decriminalization. Decriminalization

1 INTRODUÇÃO

O tema da descriminalização do uso e consumo pessoal de drogas é uma preocupação comum de vários países. Estados e sociedade se mobilizam na procura da melhor forma de tratar os usuários de drogas, dependentes ou ocasionais, sendo crescente o posicionamento no sentido de que o encarceramento é inadequado para solução do problema.

Assim, o assunto ultrapassa o âmbito jurídico e exige uma maior participação da sociedade e do Estado, no sentido de dar suporte ao usuário dependente para o abandono do vício e, para o ocasional, condições para que a dependência química não ocorra.

Apesar das proximidades linguísticas, muitas são as diferenças existentes entre Brasil e Portugal. No que tange ao sistema de combate ao uso e consumo pessoal de drogas, ambos os países aproximam conceitos diferenciando usuário, dependente e traficante; mas, enquanto nas terras verde-amarelas vale a despenalização do uso e consumo; nas terras lusas, a descriminalização foi a solução encontrada para o enfrentamento da questão.

A proposta deste estudo é analisar brevemente o sistema de combate ao uso e consumo de drogas Brasil, em especial a despenalização trazida pela Lei n. 11.343/2006 para, posteriormente abordar a descriminalização havida em Portugal, visando responder à seguinte questão: A descriminalização, ocorrida em terras além mar, é a maneira de prevenção e repressão mais eficiente, humana e digna de resolver o problema do uso e consumo pessoal de drogas?

Dentro deste contexto surgiram inúmeros outros questionamentos cujas respostas conduziram o desenvolvimento do artigo, mas algumas foram essenciais na formação do problema e delimitação do tema estudado, quais sejam: como funciona o atual sistema de combate ao uso e consumo próprios de entorpecentes no Brasil? A Lei n. 11.343/2006 despenalizou o uso e consumo pessoal? O modelo português, ao descriminalizar o uso e consumo próprios de entorpecentes é mais eficaz? Por quê?

Em face disso os objetivos do trabalho são traçar um breve histórico do combate às drogas no Brasil; demonstrar que a Lei n. 11.343/2006 despenalizou o crime de uso e consumo pessoal de drogas, representando grande avanço legislativo e social; apontar que o sistema português, onde houve a descriminalização do uso e consumo próprio é mais eficaz e que, assim sendo, melhor respeita a dignidade do usuário.

O desenvolvimento do artigo justifica-se pelo fato de que todo o Estado Democrático de Direito deve atuar no sentido de cumprir os direitos fundamentais de seus cidadãos, valorizando em

especial a dignidade que lhes é inerente. No que tange ao do uso e consumo pessoal de entorpecentes essa atuação perpassa não apenas pela punição, como principalmente, pela recuperação do usuário dependente e no impedimento de que ocorra a dependência do usuário eventual.

O trabalho foi desenvolvido na seguinte maneira: primeiro abordou-se o sistema de combate ao uso e consumo de entorpecente no Brasil, sob um viés histórico demonstrando como o direito brasileiro se portou frente ao tema. Após, analisou-se a Lei n. 11.343/2006, em especial o artigo 28, que despenaliza o porte de drogas para uso pessoal.

Na sequência, tratou-se do sistema português na perspectiva de que a descriminalização leva não só a diminuição do consumo, mas principalmente ao tratamento dos usuários, sejam eles dependentes ou ocasionais, humanizando a sua condição.

O enfoque do estudo é bibliográfico e transnacional, já que foi conduzido com base em ampla bibliografia sobre o assunto; bem como, em elementos sociais, históricos e jurídicos. Essa opção metodológica se justifica no fato de que a compreensão quanto a eficácia do sistema de prevenção e repressão no Brasil deve se enveredar por um caminho mais humanitário e digno. Tal não seria possível sem a análise bibliográfica, concentrada na consulta de textos, obras e regramentos nacionais e internacionais, encontrados em acervos públicos e privados; bem como, no estudo comparado com a legislação portuguesa.

2 LEI N. 11.343/ 2006: A DESPENALIZAÇÃO DO USO E CONSUMO PESSOAL DE DROGAS

As Ordenações Filipinas de 1603 foi o primeiro diploma, no Brasil, a tratar das drogas, estabelecendo em seu título LXXXIX que ninguém poderia ter em sua casa rosalgar² ou outro material venenoso, além de dizer em que condições eram permitidos o armazenamento e a venda daquela substância (BRASIL, 1603, s/p.). Em 1830 o Código Criminal do Império não abordou o tema, que somente foi retomado em 1851 pelo Decreto n. 828, que tratou do comércio de substâncias medicinais (BRASIL, 1851, s/p.). Posteriormente, o Código Penal da República de 1890 proibiu que fossem expostas à venda ou ministradas substâncias venenosas, estabelecendo a pena de multa para quem descumprisse a normativa legal. (BRASIL, 1890, s/p.).

Em 1911 surge a primeira Convenção Internacional do Ópio, subscrita pelo Brasil por meio do Decreto nº 11.841/1915 visando conter o abuso crescente do ópio, da morfina e derivados, bem como da cocaína (BRASIL, 1915, s/p.). De acordo com Nilo Batista (1998, p. 131), a partir daí a política antidrogas brasileira adquiriu uma configuração mais definida, adotando o modelo sanitário

² Nome vulgar de um mineral (óxido de arsênio), de pigmentação avermelhada.

que vigorou por aproximadamente meio século.

Além dessa convenção, também influenciaram a legislação brasileira o Acordo de Genebra de 1925, que exigia dos países subscritores o compromisso de revisar periodicamente as suas leis e regulamentos e de fiscalizar a exportação e importação de drogas; as Convenções de Genebra de 1931 e 1936, a primeira que tratou da comercialização das drogas e previu a troca de informações entre os países subscritores e a segunda, que focava problemas de extraterritorialidade decorrentes da repressão ao tráfico internacional de drogas. Tais convenções foram incorporadas ao direito brasileiro por meio do Decreto n. 2.994/1938.

Em linhas gerais o primeiro decreto previu que as substâncias tóxicas entorpecentes sofreriam revisão periódica, sendo necessária uma licença especial para a sua fabricação ou comercialização e um certificado de importação, sendo que o usuário poderia ser internado obrigatória ou facultativamente, por tempo indeterminado ou não. O segundo decreto dispôs que as receitas teriam que ser grafadas em caracteres legíveis, identificadas com o nome e a residência do médico e do enfermo a serem lançadas em formulário a ser fornecido pela repartição sanitária. E, por fim, o terceiro decreto, revogando o primeiro, além de exigir uma guia de trânsito de entorpecentes para vendas internas, proibiu o tratamento de toxicômanos em domicílio, prevendo a internação prévia a ser realizada também pela autoridade policial.

Em 1940 foi editado o Código Penal que no Capítulo III – “Dos crimes contra a saúde pública” em seu artigo 281 fundia os crimes de tráfico e de posse ilícita de entorpecentes, *in verbis*:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis. (BRASIL, 1949, s/p.).

Da leitura do dispositivo, vê-se que, foi descriminalizado o uso pessoal de drogas e acolhida a intenção do legislador em criminalizar com mais rigor o seu comércio. Todavia, com o golpe militar de 1964 e conseqüente aumento da repressão e redução das liberdades democráticas, adotou-se no Brasil uma guerra às drogas; modelo que perdurou até os anos 70, quando foi publicada a Lei n. 5.726/71 que alterava a redação do artigo 281 do Código Penal e ampliava a pena máxima pelo cometimento do crime, para 06 anos de reclusão e multa.

Em 1976 foi editada a Lei de Tóxicos (Lei n. 6.368/76) que revogou o artigo 281, do Código Penal ainda tinha como pressuposto a repressão ao uso e comércio de drogas, do ponto de vista proibitivo. Em reflexão feita por Carla Aparecida Arena Ventura e Débora Aparecida Miranda Benetti (2014, p. 53), a mencionada lei:

[...] em um de seus artigos, punia o usuário de drogas com detenção de 6 meses a 2 anos,

restringindo, portanto, a liberdade individual. Assim, a posse de drogas para uso pessoal era conduta criminosa, sendo o indivíduo muitas vezes preso no cárcere sem nenhum tratamento adequado, em condição vulnerável.

Mas não se pode deixar de dizer que a Lei de Tóxicos, avançou no sentido de ter criado um delito próprio para a posse de entorpecentes, dissociando-a do tráfico ilícito.

A Convenção de Viena de 1988 foi incorporada pelo Brasil por meio do decreto n. 154, de 1991, que reconheceu o tráfico internacional como atividade criminosa internacional e impôs a colaboração entre os países para a sua eliminação. (ONU, 1998, s/p.).

Posteriormente, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII estabeleceu que o crime de tráfico de drogas seria inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. O inciso LI do mesmo artigo autoriza a extradição de brasileiro naturalizado comprovadamente envolvido com o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins. Sequencialmente a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) proibiu a progressão de regime, a liberdade provisória e a concessão de anistia, graça ou indulto ao crime de tráfico, intensificando o sistema punitivo de combate às drogas.

Logo após foi publicada a Lei n. 11.343/2006 a ser analisada no próximo capítulo.

3 LEI N. 11.343/2006: A DESPENALIZAÇÃO DO USO E CONSUMO PESSOAL DE DROGAS

A Lei n. 11.343/2006 é a atual Lei de Drogas no Brasil. Em seu artigo 1º a Lei institui o Sistema Nacional de Política Pública de Drogas – SISNAD e nos dispositivos subsequentes coíbe a produção e o tráfico de drogas, além de tipificar vários crimes a ela relacionados.

De acordo com o parágrafo único do artigo 1º acima citado, “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.” Corroborando com esse dispositivo o artigo 66 acrescenta que “denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998.” (BRASIL, 2006, s/p.). Conforme consta do último artigo, o conceito de droga é taxativo, só sendo assim consideradas as substâncias constantes de Portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

O crime de uso foi tipificado no artigo 28 da Lei de Drogas, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

[...]

Tal artigo levantou a tese de que a infração penal nele contida tinha natureza jurídica *sui generis*, haja vista não ter sido previsto pelo legislador a pena privativa de liberdade para o autor do crime e, sim, penas restritivas de direitos. Nesse sentido argumentaram Luiz Flavio Gomes e Rogério Cunha Sanches (2006, s/p.). De outro lado, fora defendida por muitos que o anunciado artigo levava à *abolitio criminis*. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em 13 de fevereiro de 2007, manifestando-se em uma Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 430.105-RJ, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, pacificou a discussão, estabelecendo que o artigo 28 da Lei de Drogas não descriminalizou a conduta, mas tão somente despenalizou o tipo (BRASIL, 2007, s/p.).

Ainda falando do artigo 28 da Lei de Drogas, está em trâmite no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário n. 635.659 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo onde se discute a constitucionalidade do dispositivo, sob a alegação de que o mesmo viola dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, amparados no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Todavia, no entender de Andréa De Boni Nottingham, Nestor Eduardo Araruna Santiago e Eduardo Rocha Dias (2017, p. 191),

A questão que envolve o crime de porte de drogas para consumo próprio é um problema que transcende a esfera jurídica. Trata-se de uma discussão atinente a todas as camadas da sociedade e, como tal, deveria ser debatida democraticamente pelos representantes do povo e não unicamente pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. Porém, diante da inércia dos parlamentares, o tema chegou ao STF, que não pode se eximir de decidir o caso.

A Lei de Drogas brasileira demonstra a boa vontade do legislador em punir menos severamente o uso e consumo pessoal de drogas e de aproximar-se mais das diretrizes internacionais que diferenciam os usuários dependentes e/ou ocasionais, do traficante, de maneira a adequar o sistema de prevenção e combate às drogas à realidade mundial e torná-lo mais eficiente.

À propósito, Carla Aparecida Arena Ventura e Débora Aparecida Miranda Benetti (2014, p. 52) “é possível afirmar que a nova legislação avançou com relação ao tema, uma vez que o usuário ou dependente de drogas é encaminhado para tratamento e não mais para a prisão.”

Em comparação à Lei de Tóxicos de 1976, a Lei de Drogas de 2006, demonstra evolução legislativa ao entender que os usuários ocasionais ou dependentes são indivíduos vulneráveis que necessitam de tratamento e informação, não podendo ser taxados simplesmente como criminosos. E com base nisso é que a lei determina que “o juiz determinará ao Poder Público que o dependente de drogas receba, gratuitamente, em estabelecimento de saúde” (2014, p. 54).

Importante notar que no Brasil, a pessoa flagrada portando drogas para uso ou consumo próprio não poderá ser presa em flagrante, mas será, no entanto, conduzida imediatamente para o

juízo competente e, na falta deste, deverá assumir o compromisso de comparecer em juízo, lavrando-se para tanto um termo circunstanciado.

O art. 48, §§2º e 3º da Lei n. 11.343 gera controvérsias acerca da autoridade responsável pela lavratura do termo circunstanciado, isto porque o §3º determina que na hipótese de estar ausente a autoridade judicial, o compromisso e o termo circunstanciado serão lavrados pela autoridade policial. Há críticas doutrinárias no sentido de que a lavratura por parte do juízo feriria a imparcialidade e o próprio sistema acusatório, por isso, conforme entendimento de Renato Brasileiro de Lima, “de modo a evitar o ressurgimento da figura do ‘juiz inquisidor’, o ideal é entender que a lavratura do termo circunstanciado deve ficar a cargo da autoridade policial, e não do magistrado” (2016, p. 825).

Quanto ao local da lavratura do termo circunstanciado, a legislação é clara ao dispor que será realizado no local em que o usuário for encontrado, no entanto, de acordo com o autor supracitado é perfeitamente possível que o indivíduo seja conduzido coercitivamente para a Delegacia de Polícia, ante ao fato de que nem sempre será possível que a lavratura do termo no local em que o usuário for localizado.

Realizado o procedimento descrito acima, o agente será encaminhado ao Juizado Especial Criminal, e o feito seguirá nos moldes da Lei n. 9.099/1995, sendo o usuário submetido às penas de advertência sobre o uso das drogas; prestação de serviços à comunidade e/ou medida educativa.

É notório, contudo, que a criminalização da conduta não é adequada do ponto de vista social, jurídico e da saúde pública, vez que atua em favor do aumento da criminalidade, mortes, superlotação de presídios, aumento do número de doenças adquiridas pelo uso inadequado, dentre outras consequências (BRASIL, 2009, s/p.). Somadas a tais consequências a falta de controle do Estado em relação ao número de usuários dependentes ou ocasionais, dificultam a realização de políticas públicas de prevenção e eliminação do uso e do tráfico de drogas.

A criminalização não faz outra coisa senão criar a ilusão de que se pode eliminar o uso e o consumo pessoal de drogas, quando em verdade isso dificilmente ocorrerá. Além disso, a mera despenalização da conduta não é suficiente para proteger a saúde pública e não traz ao Estado nenhum método de controle social, o que favorece o tráfico de entorpecentes e a declaração de guerra contra inimigos específicos, quais sejam, “os pobres, os marginalizados, os não brancos, os desprovidos de poder” (KARAM, 2015, 51).

Interessante se faz salientar o voto do ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso quanto à descriminalização das drogas para consumo pessoal no Recurso Extraordinário 635.659 (2015, s/p.), já citado acima, conforme se verifica abaixo:

Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº

11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITO À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E A PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido as razões jurídicas e pragmáticas. 2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízo à saúde pública. 3. As razões jurídicas que justificam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. 4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. 5. À luz dos estudos e critério existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico de drogas de até 25 gramas de *Cannabis*. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. 6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. [...].

Dessa feita, impõe-se a adoção de um modelo mais humanizado de combate ao uso e consumo pessoal de drogas, que seja mais eficaz na proteção à saúde pública e mais humanizado em relação ao usuário.

Tanto é verdade que em “28 de maio de 2012, a comissão de juristas que discute a reforma do Código Penal no Senado aprovou a descriminalização do uso de drogas para quem for pego com uma quantidade equivalente ao consumo de cinco dias, definida pela autoridade administrativa da saúde” (VENTURA; BENETTI, 2014, p. 55).

4 O SISTEMA PORTUGUÊS: DESCRIMINALIZAÇÃO

Considerando a ineficácia do sistema de despenalização do uso e consumo pessoal de drogas, conforme disposto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, surge a descriminalização como um modelo viável e perene, a exemplo do que ocorre em Portugal.

Frise-se que a descriminalização não legaliza o uso e consumo de drogas, mas somente retira o caráter punitivo de enfrentamento da questão. De acordo com Huges e Stevens *apud* Mafalda Rodrigues Neto (2016, p. 24) “a legalização é definida como a remoção de sanções, tornando um certo comportamento legal e livrando-o de qualquer pena criminal ou administrativa” Não foi essa a alternativa adotada pelos portugueses, a sim a descriminalização, já que deixaram de tratar o consumo e posse da droga como um ato criminoso, livrando o usuário de sanções criminais e submetendo-o a sanções administrativas.

A descriminalização permite o desenvolvimento de uma política de redução de danos a ser

adotada pelo Estado visando reduzir os efeitos negativos do uso e consumo de drogas, respeitando a liberdade individual do usuário e garantindo-lhe um tratamento mais humanitário e compatível com a dignidade que lhe é inerente.

No dizer de Letícia Vier Machado e Maria Lúcia Boarini (2013, s/p.):

[...] a estratégia de redução de danos pode ser definida como mais uma maneira de se abordar o usuário de drogas, descentrando o foco do problema da erradicação e da abstinência e privilegiando o direito à saúde de todos e o respeito à liberdade individual daquele que não deseja ou não consegue interromper o uso da droga.

No exemplo português, adotado desde 2001, houve a descriminalização de todas as drogas até então consideradas ilegais, de maneira que o usuário deixa de ser rotulado de criminoso. Tal sistema, vanguardista, se deu por meio de uma reforma legislativa que levou à publicação da Lei n. 30/2000 e da adoção de um Plano Nacional Contra a Droga e às Toxicodependências, por meio da Resolução do Conselho de Ministros n. 39/2001. De acordo com essa Resolução, o plano de ação pretende “melhor a eficácia e a articulação dos dispositivos no domínio da prevenção, da redução de riscos e minimização de danos, do tratamento e saúde pública, de reinserção social” (PORTUGAL, 2001, s/p.) dos usuários.

A Lei n. 30/2000 define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefaciente e substâncias psicotrópicas e define a proteção sanitária e social das pessoas que as consomem, sem prescrição médica (PORTUGAL, 2000, s/p.). E em seu artigo 2º, inciso 2, a Lei estabelece como quantidade máxima para a caracterização do consumo próprio, aquela necessária para o consumo medido individual pelo período de dez dias.

O usuário abordado com drogas, dentro do limite estabelecido em lei, será encaminhado à Comissão para Dissuasão da Toxicodependência, composta por uma equipe multidisciplinar contendo psicólogos, técnicos administrativos e assistentes sociais, que tentará dissuadi-lo do uso de tais substâncias, além de “constatar se o indivíduo é um dependente ou consumidor recreativo, uma vez que o tratamento será diferente para cada caso” (VENTURA; BENETTI, 2014, p. 56).

Para bem cumprir suas funções a Comissão pode processar e aplicar sanções, solicitar exames médicos à fim de constatar a dependência química. Constatada essa, o dependente é convidado a realizar um tratamento em local adequado podendo, contudo, recusar-se em fazê-lo. No caso de recusa e posterior reincidência, poderá sofrer penalidades previstas na Lei n. 30/2000, consistentes em “trabalho comunitário, proibição de frequentar determinados lugares noturnos, etc” (VENTURA; BENETTI, 2014, p. 57). Quanto ao consumidor ocasional, após analisar sua conduta social, serão encaminhados para tratamento, se assim concordarem.

Em 2002 o Decreto Lei n. 269-A criou o Instituto de Droga e da Toxicodependência - IDT, que em 2012 foi substituído pelo Serviço de Internação nos Comportamentos Aditivos e nas

Dependências - SICAD, o qual é vinculado ao Ministério da Saúde, e tem como meta a redução do consumo de substâncias psicoativas e a diminuição das dependências.

A adoção dessa política fez com que Portugal tivesse uma redução do consumo de drogas ilícitas por parte de sua população, conforme é apontado pelo Relatório Anual sobre a situação do País em matéria de Drogas Toxicodependência, demonstrando que ela é relativamente bem sucedida se comparados com países como o Brasil, onde não ocorreu a descriminalização (PORTUGAL, 2015, p. 19).

No Relatório Anual de 2016, verificou-se um agravamento, desde 2012, do consumo de *Cannabis*, no entanto, em relação à maioria das outras drogas, os consumos mantiveram-se estáveis, tendo até diminuído em alguns casos (PORTUGAL, 2016, p. 13).

Não obstante o agravamento supracitado, tem-se verificado desde 2001, quando da descriminalização do uso de drogas em Portugal, nas palavras de Leonardo Isaac Yarochevsky (2015, s/p.) “o uso de droga em Portugal está entre os mais baixos da Europa, sobretudo quando comparado com Estados com regimes de criminalização mais rigorosos.”

De acordo com Rita Cavalcante Lima, “Portugal obteve resultados importantes com o giro na política de drogas, distanciando-a da política criminal e a ancorando em princípios humanistas e universalista da saúde pública” (LIMA, 2016, p. 02).

A ação pioneira de Portugal chamou a atenção de diversos estudiosos e países, todos desejosos de ver os efeitos da descriminalização. Glenn Greenwald *apud* Mafalda Rodrigues Neto (2016, p. 24) apresentou em 2009 um relatório de grande impacto internacional, demonstrando que no período subsequente à política adotada em 2000 houve o decréscimo do consumo de drogas, bem como de doenças e mortes a ele relacionadas.

E dados internos apontam que após a descriminalização houve um aumento na procura de tratamentos, especialmente pela população mais jovem. Esses resultados muito satisfizeram o governo português, que na década de 1990 trabalhava com altos índices de consumo de drogas, mortes e doenças relacionadas ao uso inadequado de tais substâncias.

5 CONCLUSÃO

O consumo de drogas é um fenômeno social e econômico rodeado de controvérsias e que leva à inúmeras discussões a respeito da melhor política de prevenção e/ou repressão a ser adotada em um país.

O presente trabalho possibilitou uma análise do sistema nacional de prevenção e repressão ao uso de drogas, que com a publicação da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) o Brasil tentou deixar de lado o âmbito proibicionista do uso de drogas. Esse posicionamento é facilmente

observável no artigo 28 da Lei, quando ao despenalizar a conduta de uso e consumo pessoal de drogas o legislador brasileiro buscou dar maior dignidade ao usuário, que deve buscar tratamento e não punição.

Entretanto, a mudança da política de prevenção e repressão às drogas no Brasil não foi suficiente para evitar as consequências sociais, econômicas e de saúde pública que são geradas não só pelo uso como também pelo tráfico de substâncias ilícitas entorpecentes.

De acordo com o sistema brasileiro o usuário que for abordado portando drogas é levado para o Juizado Especial Criminal ou, na sua falta, a uma Delegacia de Polícia e posteriormente, responderá a procedimento judicial, após o qual será advertido sobre as consequências do vício e, se for o caso, submetido à prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programas e cursos educativos.

Tal política apesar de ser mais amena se comparada com a Lei de Tóxicos de 1976, ainda assim não humaniza o tratamento dos usuários de drogas, em sua grande matiz pessoas vulneráveis por serem pobres, negros e muitas vezes menores de idade.

A descriminalização de drogas está pautada em legitimidade jurídica e pragmática. No âmbito jurídico, verifica-se uma afronta aos direitos inerentes ao ser humano pela sua criminalização, na medida em que fere a autonomia individual, o direito à privacidade e sua punição é desproporcional, uma vez que o uso não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para assegurar a saúde pública. A legitimação pragmática, por sua vez, encontra como pilares o fracasso da atual política de drogas, o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e os prejuízo à saúde pública.

A pesquisa demonstrou que Portugal foi pioneiro, na descriminalização do uso e consumo pessoal de drogas, o que permitiu que ele alcançasse ótimos resultados quanto à queda do consumo, de mortes e de doenças relacionadas ao uso inadequado de tais substâncias.

Em que pese haja um agravamento no consumo de *cannabis* desde 2012, verifica-se como um todo que Portugal está entre um dos países europeus com índices mais baixos no que se refere ao consumo de drogas.

O modelo português, mais do que resultados sociais e econômicos, ao tratar do consumo como uma questão de saúde pública acaba por humanizar o atendimento oferecido ao usuário, que poderá ser submetido a tratamento, se assim o desejar.

Ao contrário, Portugal, sem desrespeitar os Acordos e Tratados Internacionais relativos à prevenção e combate às drogas, inovou ao descriminalizar o consumo de drogas em pequena quantidade, oferecendo ao usuário não apenas a possibilidade de continuar o uso, como também, de libertar-se do vício mediante o acompanhamento de equipe multidisciplinar especializada.

Os resultados foram visíveis, na medida em que o consumo de drogas e demais condutas lesivas a ele relacionadas entraram em declínio, ao mesmo tempo em que favoreceram o tratamento mais humanitário e digno do usuário, facilitando a sua reinserção social.

Tal modelo, adotado pelos portugueses, pode contribuir com o Brasil no que tange ao desenvolvimento de políticas mais efetivas de reparação de danos sociais e pessoais ocasionados pelo uso de drogas, visto que a política antidrogas atual não tem se mostrado eficaz.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 20.390, de 11 de Janeiro de 1932**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 828, de 29 de Setembro de 1851**. Manda executar o regulamento da Junta de Hygiene Publica. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 891, de 25 de Novembro de 1938**. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de Dezembro de 1949**. Código Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublica-coes.action?id=102343>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938**. Promulga a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/bra/pt_bra_1936_convencao_repressao_trafico.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. **Lei 11.343/06, de 23 de Agosto de 2006**. Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assignados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20/2/2018.

BRASIL. **Relatório Brasileiro sobre Drogas**. 2009. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid/da-dos-informacoes-sobre-drogas/pesquisa-e-estatisticas/populacao-geral/rdb-2009-pt.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105-RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007, DJe 27/4/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/pa-ginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Recurso extraordinário nº 635659-SP**. Relator: Gilmar Mendes. DJe: 14/06/2015. Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-annotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal ‘sui generis’ ou infração administrativa?’**. 2006.> Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061212113559593. Acesso em: 20 fev. 2018.

KARAM, Maria Lucia. **Legalização das drogas**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LIMA2, Rita de Cássia Cavalcante. A Contra Reforma da Política de Droga Portuguesa em Período de Austeridade Econômica. 2016. **Anais do 4º Encontro Internacional de Política Social e 11º Encontro Nacional de Política Social**.

MACHADO, Letícia Vier; BOARINI, Maria Lúcia. **Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos**. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932013000300006>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

NOTTINGHAM, Andréa De Boni; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha Dias. Uma Análise Hermenêutico-Garantista das Razões de Decidir do Supremo Tribunal Federal na Aplicação do Art. 28 da Lei de Drogas. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, SP. v. 18, n. 7, p. 191 - 213 |Set./Dez. 2017

ONU. **Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/rar-29-1991.html>> Acesso em: 20 fev. 2018.

PORTUGAL. **Lei nº 30/2000**. Disponível em: <http://www.sicad.pt/BK/Institucional/Legisla-cao/Lists/SICAD_LEGISLACAO/Attachments/525/lei_30_2000.pdf> Acesso em: 20 fev. 2018.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. 1603. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> >. Acesso em: 20 fev. 2018.

PORTUGAL. **Relatório Anual de 2015 Sobre a Situação do País em Matéria de Drogas e Toxicod dependência**. 2015. Disponível em: <<https://www.dependencias.pt/images/files/drogas.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2018.

PORTUGAL. **Relatório Anual de 2015 Sobre a Situação do País em Matéria de Drogas e Toxicod dependência**. 2016. Disponível em:

<http://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/129/RelatorioAnual_2016_A_SituacaoDoPaisEmMateriaDeDrogas_e_Toxicoddependencias.pdf.> Acesso em: 12 jul. 2018.

PORTUGAL. **Resolução do Conselho de Ministros nº 39/2001**. Disponível em:

<<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/354544/details/maximized>.> Acesso em: 20 fev. 2018.

RODRIGUES NETO, Mafalda. **A Descriminalização do Consumo de Drogas em Portugal: quinze anos de pois**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Ciências Sociais e Humanas e Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. 2016.

VENTURA, Carla Aparecida Arena; BENETTI, Débora Aparecida Miranda. A Evolução da Lei de Drogas: O tratamento do usuário e dependente de drogas no Brasil e em Portugal. *SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drogas*. 10(2):51-60 maio-ago. 2014.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Guerra às Drogas Mata Mais que as Próprias Drogas. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-25/leonardo-yarochewsk-guerra-drogas-mata-proprias-drogas#top>.> Acesso em: 13 jul. 2018.

DESDOBRAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO CRIMINAL E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DO ETIQUETAMENTO

Beatriz Ferruzzi REBES¹
Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI²

RESUMO

Através de uma análise histórica, doutrinária e jurisprudencial, o presente artigo faz um estudo sobre a teoria do Direito ao Esquecimento na esfera criminal, e a possibilidade de sua aplicação na sociedade em que vivemos, onde as informações são capazes de alcançar um grande número de pessoas em um curto lapso temporal. Caracterizamos o direito ao esquecimento como um direito fundamental, e destacamos sua relação com a Teoria do Etiquetamento (*Labeling Approach Theory*), a qual estuda o impacto que a impressão social causa sobre a imagem dos agentes de atos delituosos, prejudicando o cumprimento de sua pena de acordo com as garantias constitucionais e sua ressocialização.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao Esquecimento. Direito Fundamental. Teoria do Etiquetamento. Ressocialização.

ABSTRACT

Through a historical, doctrine and jurisprudence analysis, this article studies about the theory of law of oblivion at criminal sphere, and the possibility of her application in our society, where the information are able to reach an undeterminate Number of people in small temporal lapse. We characterized the law of oblivion as a fundamental right, and we highlight that with the Labeling Approach Theory, which studies the impact of social impression has on the image of agents criminal acts, impairing the fulfillment of their sentence in accordance with the constitutional guarantees and their resocialization.

KEY WORDS: Law of Oblivion. Fundamental Right. Labeling Approach Theory. Resocialization.

INTRODUÇÃO

Em recente entrevista ao site “JOTA”, o Ministro Luis Felipe Salomão afirmou que a liberdade de expressão “é um direito que não ultrapassa os outros direitos” e que o direito ao esquecimento não deve ser confundido com censura.

Esse direito, considerado fundamental por parte da doutrina consiste na garantia que determinado indivíduo possui ou deveria possuir de não ter dados que viole sua imagem, intimidade e honra divulgados.

No ordenamento jurídico não há previsão legal sobre o direito de ser esquecido, mas conforme veremos mais adiante, ele foi introduzido no meio judiciário expressamente pelo Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em

¹ Discente do 4º ano do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

² Delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Penal pela Universidade de Franca e professor de Direito Penal no Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

março de 2013.

No âmbito penal, pode ser caracterizado implicitamente em dispositivos do Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, os quais também serão objetos de análise do presente artigo.

Como destacado acima, a grande discussão envolvendo o direito ao esquecimento, tem relação à liberdade de informação e imprensa, garantidas pela Constituição Federal Brasileira. Ocorre que, o indivíduo ao ter dados a seu respeito divulgados também possui direitos fundamentais e constitucionais violados, como imagem e intimidade.

Nos casos de pessoas envolvidas em processos penais em andamento ou já julgados, os danos causados por determinada informação divulgada afetam diretamente na ressocialização desse indivíduo. Nesse aspecto, relacionamos o direito ao esquecimento com a Teoria do Etiquetamento (ou Labeling Approach Theory), a qual estuda a impressão social imposta sob agentes envolvidos em fatos delituosos.

Através do método dedutivo de pesquisa, faremos primeiramente uma análise histórica e jurisprudencial da aplicação da teoria do direito ao esquecimento em ordenamentos jurídicos do exterior e do Brasil. Posteriormente destacamos a relação de tal teoria com a Teoria do Etiquetamento e com a influência que a mídia exerce sobre o julgamento formado a respeito dos agentes e como a ponderação de valores pode auxiliar na resolução desses conflitos entre direitos fundamentais.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO DE ACORDO COM O DIREITO COMPARADO

O Direito ao Esquecimento pode ser conceituado como o direito de subtrair informações sobre algo ou alguém que estejam hospedadas em um certo sistema ou mecanismo de registro, objetivando que tal informação não seja divulgada, ou seja, para que não ocupe a memória da sociedade.

O jurista belgo François Ost define o instituto do Direito ao Esquecimento da seguinte maneira (2005, p. 160-161):

(...) o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetos da atualidade – muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal -, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.

No mesmo sentido, discorreu o Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097-RJ em 2013:

(...) o direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém

impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens.

Primeiramente, analisaremos a aplicação da teoria do Direito ao Esquecimento no âmbito penal em ordenamentos jurídicos mundiais, para posteriormente analisarmos sua aplicação em julgados brasileiros.

O primeiro caso relacionado é o *Melvin vs, Reid*, o qual foi julgado pelo Tribunal Norte Americano do Estado da Califórnia, em 1931. Gabrielle Darley, ex - prostituta teve sua inocência declarada após ser acusada de homicídio e posteriormente casou com Bernard Melvin.

Alguns anos depois, Doroty Devanport Reit reproduziu o filme *Red Kimono*, tendo como trama principal a história de Gabrielle, não alterando nem mesmo o nome e retratando sua história na prostituição e no julgamento do crime que havia sido imputado a ela.

Bernard ajuizou uma demanda objetivando a reparação dos danos causados pela invasão da privacidade de sua esposa, a qual foi julgada procedente pela Corte Californiana, pautando-se no direito a inviolabilidade moral e na exposição desnecessária da vida de Gabrielle.

Ocorre que, posteriormente o caso Melvin foi superado pelo entendimento jurisprudencial sobre a liberdade de expressão.

O caso mais simbólico envolvendo o direito ao esquecimento é o caso *Lebach*, o qual foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Em 1969, quatro soldados alemães foram assassinados na cidade de Lebach, e ao final do processo três réus foram condenados (dois à prisão perpétua e outro à seis anos de reclusão).

Antes mesmo desse último ser liberto de maneira definitiva de sua pena de reclusão, o programa de televisão alemão *Zweites Deutsches Fernsehen* começou a divulgar notícias de que transmitiria a história do assassinato, expondo inclusive fotos dos condenados. O autor então acionou a justiça alemã, buscando que o programa fosse impedido de ir ao ar.

No entanto, o pedido foi negado pelo Tribunal da Mogúncia, e após recurso também foi negado pelo Tribunal de Koblenz, os quais fundamentaram suas decisões no envolvimento histórico do fato narrado, e este deveria se sobrepor ao direito de proteção à privacidade.

O autor recorreu ao Tribunal Federal que contrariou as instâncias inferiores, argumentando que diante de um confronto envolvendo a liberdade de expressão e outros bens da vida, o juízo da ponderação de valores deveria ser utilizado, e no presente caso prevaleceu a proteção da personalidade do criminoso que seria exposta através da transmissão dos fatos.

Em 1993, a Corte Italiana se utilizou do direito ao esquecimento em um caso da Corte da Cassação. Um político preso, posteriormente inocentado, teve notícias a seu respeito vinculadas na internet pelo *Jornal Corriere della Sera*. Mais precisamente, as notícias, publicadas anos depois do

episódio envolvendo o político, tratavam de sua prisão, porém não mencionavam a absolvição.

A justiça italiana determinou a retirada das notícias do site do jornal com base no seguinte argumento registrado na obra de Janaina de Almeida Coimbra e Mário Coimbra (2016, p. 146):

O direito à informação, que também é garantido pela Constituição, é um limite para o direito à privacidade, mas a pessoa a quem os dados são relevantes é correspondentemente dado o direito de ser esquecido (*ex multis* CASS. Civ. N. 3679/1998) ou seja, o direito de não ser divulgado ainda notícia de que, para a passagem do tempo são encontrados ter sido esquecida ou desconhecida para a maioria dos associados. Neste caso, a verdadeira história também assume importância como fato histórico, que este elemento pode justificar a permanência da notícia por meio de sua preservação nos arquivos históricos. Em ambos os casos, no entanto, os dados pessoais das pessoas envolvidas devem ser processados legalmente e de forma justa.

O Tribunal Civil de Bruxelas também utilizou-se do direito ao esquecimento em 2001, na decisão que negou a divulgação de um filme que mostraria a história da fuga de um preso em 1984. O Tribunal alegou que um preso também fazia jus ao direito de imagem e privacidade e conseqüentemente, ao direito do esquecimento.

Enfatizando ainda, conforme retratado por Janaina e Mário (2016, p. 147):

(...) o indivíduo em decorrência de envolvimento em processo judicial pode integrar-se à vida pública, dispensando, nesse caso, anuência para transmissão de sua imagem. Porém, passados vários anos de sua prisão é direito do condenado ter sua imagem negativa retirada dos meios de comunicação com intuito de reintegrar-se socialmente.

Ao analisarmos mais adiante a aplicação do direito ao esquecimento no Brasil, observaremos que há uma ligação direta com os problemas relacionados à ressocialização dos condenados após cumprirem integralmente suas penas. Conforme citamos em obra anterior, a sociedade de maneira geral não consegue readequar o indivíduo novamente nos papéis comuns da vida cotidiana (AQUOTTI; REBES. 2017. p.91):

O problema de ressocializar o preso não se resume apenas na falta de oportunidades de estudo e trabalho, a sociedade também não está preparada para receber de volta uma pessoa que já foi condenada, conforme Bitencourt afirma: (1993, p. 143), “a sociedade não pergunta porque uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não.”

Em uma sociedade dominada de meios de informação e comunicação, dados e informações sobre os indivíduos são lançados constantemente, o que impede a “reconstrução” de seu presente.

De modo geral, o direito ao esquecimento é um fundamento que se opõe à liberdade de expressão e de imprensa, de tal modo que, conteúdos transmitidos por veículos de informação que venham a expor detalhes da vida privada das pessoas, mesmo que estas pessoas sejam criminosas, prejudicando o processo de ressocialização, devem ser barrados, prevalecendo a tutela dos direitos de personalidade dos indivíduos.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito brasileiro, apesar de contemplar tutelas à personalidade e liberdade de expressão como direitos fundamentais constitucionais, é omissivo no que diz respeito ao direito ao esquecimento. Todavia, a jurisprudência e a doutrina começaram a dar seus primeiros passos no sentido de reconhecê-lo, mesmo que implicitamente, como um desdobramento natural do direito de personalidade.

A teoria do direito ao esquecimento foi impressa no Brasil por meio do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento.”

No entanto, no âmbito penal tal teoria já teria certa afinidade com alguns dispositivos, no sentido de impedir ou mitigar a exploração pública de determinado fato danoso à história do indivíduo, como por exemplo, o artigo 748 do Código de Processo Penal:

Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

A parte final do artigo 93, *caput*, do Código Penal assegura ao reabilitado o “sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”, objetivando sua reinserção social.

A Lei de Execução Penal também assegurou o sigilo aos demais condenados, mesmo que não reabilitados. Janaina de Almeida Coimbra e Mário Coimbra distinguem os sigilos concedidos pelo Código Penal e pela referida legislação da seguinte forma (2016, p. 167):

A distinção entre ambos sigilos consiste na amplitude protetiva verificada para os reabilitados em relação aos demais condenados, visto que para aqueles o sigilo é mais extenso sendo quebrado, tão somente, por requisição do juiz criminal. Os não reabilitados, por outro lado, podem ter suas condenações anteriores acessadas por qualquer autoridade judiciária, membro do Ministério Público e Delegado de Polícia.

Em 1967 foi estabelecida a Lei de Imprensa, a qual previa implicitamente o direito ao esquecimento no artigo 21, §2º: “Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele.” No entanto, tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente em 2009, com o julgamento da ADPF 130 sob o fundamento de que a liberdade de expressão não poderia ser sacrificada.

O Ministro Joaquim Barbosa, a Ministra Ellen Gracie e o Procurador Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza discordaram do afastamento do referido artigo, conforme posicionamento citado (COIMBRA, Janaina de Almeida; COIMBRA, Mário. 2016. p. 238):

O tratamento em separado dessas figuras penais, quando praticadas através da imprensa, se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida. Vale dizer, quanto maior o alcance do veículo em que transmitida a injúria, a calúnia ou a difamação, maior o dano.

Na doutrina, Edson Ferreira da Silva aduz que (1998, p. 59):

É o interesse do resguardo pessoal que sofre com a renovação do episódio infeliz na memória das pessoas, com a renovação do sofrimento experimentado pela revelação e com a postergação do esquecimento que seria tão salutar. Nesse sentido, o interesse do resguardo pessoal pode ser desdobrado em um direito ao esquecimento, a consistir no poder jurídico de impedir qualquer forma de exploração de episódios embaraçosos, infelizes ou desabonadores, que interessa sejam esquecidos.”

Contudo, apesar da omissão do ordenamento, a jurisprudência brasileira contempla vários casos que colocaram em discussão a teoria do direito ao esquecimento, conforme analisaremos em subtópicos adiante.

2.1 Caso Doca Street

Em 2003, a emissora Rede Globo, por meio do programa Linha Direta Justiça, o qual foi alvo de muitos processos judiciais envolvendo o direito ao esquecimento, transmitiu uma reportagem retratando o caso de Raul Fernando do Amaral Street.

Doca Street, como era chamado, matou Ângela Maria Fernandes Diniz em 30 de dezembro de 1976, em Búzios/RJ. Street foi absolvido no primeiro julgamento baseando sua defesa na legítima defesa da honra, decisão que foi alvo de inúmeras manifestações do movimento feminista, sendo realizado um novo júri, o qual aplicou a pena de 15 anos de reclusão ao acusado.

Após a divulgação pela TV Globo, o autor ingressou judicialmente exigindo a suspensão do programa. Em primeira instância teve seu pedido concedido liminarmente com base no abuso do direito de imprensa. No entanto, O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro permitiu a transmissão do episódio, sob o argumento de tratar-se de fatos históricos e absolutamente verdadeiros. No presente caso, o requerente não fez jus nem mesmo ao direito de indenização por danos morais.

2.2 Caso Chacina da Candelária

Na noite do dia 23 de julho, em frente à Igreja da Candelária, no centro do Rio de Janeiro, policiais desferiram projéteis de arma de fogo contra pessoas que passavam a noite no local, resultando em oito vítimas mortais, todos possuindo entre 11 e 19 anos.

Na investigação, chegou-se ao nome de Jurandir Gomes de França, o qual foi submetido a júri como coautor/partícipe dos homicídios, porém, ao final foi absolvido pelo Conselho de Sentença com unanimidade dos votos.

Em 2006, o programa Linha Direta Justiça da TV Globo retratou o episódio, citando Jurandir como um dos envolvidos no episódio, relatando também sua absolvição.

Jurandir requereu perante a justiça danos morais em face da emissora de televisão

baseando-se no fato de que teria sido novamente levado a público um fato aparentemente já superado pela sociedade, instigando novamente a criação de uma imagem de chacinador em relação ao então requerente.

Após ser julgada improcedente pela 3ª Vara Cível da Capital/RJ, a demanda foi levada ao Tribunal de Justiça do estado, o qual reformou a decisão de primeiro grau, sob o fundamento de que entre o dever de informar assegurado pela Constituição Federal e a dignidade da pessoa humanada juntamente com o direito à felicidade de indivíduos anônimos absolvidos em processos judiciais, prevalece o segundo.

Argumentou-se ainda que seria possível retratar o episódio sem citar o nome do autor, tendo em vista que sua participação teria sido apenas acessória, e não determinante para os homicídios.

Nota-se que no âmbito criminal entende-se que uma pessoa que foi absolvida pelo próprio sistema judiciário, não pode continuar carregando consigo o estigma de criminoso, possuindo então o direito de ser esquecido, para assim obter oportunidades de ressocialização.

Nesse sentido, dissertam Janaina e Mário (2016. p. 192):

Quando se encerra a resposta estatal, seja pela extinção da pena ou absolvição irrevogáveis, se perfaz a “vida útil” da informação criminal para fins midiáticos, salvo crimes genuinamente históricos, cujas narrativas dependam da exposição dos envolvidos.

Posteriormente, sobreveio Recurso Especial, no qual o Ministro Relator Luís Felipe Salomão reconheceu o direito ao esquecimento, especialmente em casos de cumprimento integral da pena e de absolvição:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

Esse caso pode ser considerado o grande marco histórico da difusão do direito ao esquecimento no Brasil, deixando claro que se o nome do envolvido tivesse sido ao menos preservado, não haveria violação à sua honra e nem mesmo à liberdade de imprensa, caracterizando uma ponderação de valores prévia que evitaria qualquer conflito.

Cabe ressaltar ainda que, mesmo que a reportagem ou qualquer outro meio de vinculação sejam estritamente fiéis à realidade dos fatos, naturalmente a cultura do homem médio brasileiro o leva a pender para o lado da desconfiança em relação a índole do indivíduo retratado como autor, causando uma segunda ofensa a sua integridade.

2.3 Caso Aída Curi

O presente caso se refere à Aída Jacob Curi, vítima de violência sexual e jogada da cobertura de um prédio em Copacabana, no Rio de Janeiro, no dia 14 de julho de 1958, quando tinha 18 anos de idade. Os envolvidos no crime eram Ronaldo Guilherme de Souza Castro, Cássio Murilo Ferreira e Antônio João de Sousa, o qual era porteiro do prédio.

Ronaldo foi condenado a pena de oito anos e nove meses de prisão por homicídio e tentativa de estupro, após ser submetido a três julgamentos. Cássio foi considerado o responsável pela morte, porém era menor de idade ao tempo do fato, não sendo submetido a pena de prisão. Por fim, o porteiro Antônio foi absolvido no segundo julgamento, evadindo-se logo em seguida. Tais penas foram consideradas brandas pela mídia da época, sendo alvo de críticas.

Cinquenta anos depois, o programa Linha Direta Justiça resolveu explorar os fatos ocorridos, e desta vez os irmãos da própria vítima dos crimes ajuizaram demanda contra a TV Globo, requerendo reparações a título de danos morais e materiais. Os requerentes alegavam que o programa teria tratado de férias antigas que já estariam de certa forma “tratadas” pelos familiares, além de explorarem a memória da imagem de Aída, sem o consentimento dos familiares, lucrando ilicitamente com a audiência e publicidade.

No presente caso, o direito ao esquecimento foi rejeitado em primeiro grau, pela 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ e posteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial. Os argumentos abordados foram que se tratando de familiares da vítima, conforme o passar do tempo a dor diminui, e a recordação do fato não causa abalo na mesma intensidade que antes, ainda que gere certo desconforto.

Analisando os casos retratados, tendo em vista serem os principais a tratarem sobre o tema na jurisprudência brasileira, nota-se que não há pacificação sobre o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro e com o reconhecimento deste, será acarretada necessidade de regulamentar especificamente suas hipóteses de incidência.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE À *LABELING APPROACH THEORY*

A *Labeling Approach Theory* trata-se de um movimento criminológico originário dos Estados Unidos, por meio do livro *Outsiders*, de autoria do sociólogo Howard S. Becker, o qual trata dos desvios relacionados aos indivíduos tratados como criminosos pela sociedade. O referido estudo se direciona ao controle social exercido sobre o indivíduo, deixando de lado o estudo sobre as causas que levaram o indivíduo a praticar determinado ato delituoso.

De acordo com a Teoria do Etiquetamento, as pessoas que infringem leis ficam condicionadas ao julgamento dos grupos dominantes, dependendo constantemente da aprovação destes.

Outro ponto de estudo da presente teoria é a criminalização de determinadas condutas, pois para ela apenas alguns fatos lesivos seriam reprimidos, e esta repressão estaria diretamente vinculada e direcionada aos indivíduos mais vulneráveis e expostos ao julgamento do sistema.

Resumidamente, as teses dessa teoria podem ser elencadas da seguinte forma (COIMBRA, Janaina; COIMBRA, Mário. 2016. p. 54):

primeiramente o indivíduo pratica o delito, trata-se de delinquente primário, logo em seguida vem a reação social que é a estigmatização, distância social e redução de oportunidades, com perda de sua cultura e valores e assim o indivíduo mergulha nesta imagem e passa a fazer uma carreira criminal, praticando outros delitos.

Feito um breve resumo sobre o assunto abordado pela Teoria do Etiquetamento, merece ser destacado seu estudo quanto à cautela da exposição do fato criminoso à sociedade. Nesse sentido, entende-se que a mídia na condição de influenciadora na formação da opinião social, deve transmitir a verdadeira e real situação, observando a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, observamos por exemplo que quanto mais dramático o crime, maior será a comoção social, e conseqüentemente maior será a exploração da mídia sobre ele, como forma de atrair audiência. Tal constatação é preocupante a partir do momento que se coloca em dúvida a imparcialidade do juiz e a influência que a mídia vai exercer sobre seu julgamento, visto que a mídia não deve ser tratada como fonte do direito.

De acordo com Ana Lúcia Menezes Vieira (2003. Cap. 6):

O problema da publicidade prévia e das transmissões televisivas das audiências de debate do Tribunal do Júri não reside apenas na possibilidade de agressão aos direitos fundamentais do acusado, mas, principalmente, da influência da mídia sobre os jurados, afetando a imparcialidade necessária para decidir a causa. Publicidade prévia do fato criminoso ou dos atos do desenvolvimento processual pelos meios de comunicação, perante os casos de competência do Tribunal do Júri, é particularmente preocupante, pois, uma vez que o julgamento é feito por juízes leigos, a impressão que a mídia transmite do crime e do criminoso produz maior efeito neles do que as provas trazidas pelas partes na instrução e julgamento no plenário.

A partir dessa preocupação surge o Direito ao Esquecimento, como mecanismo de mitigação a esse descontrole informacional, buscando proteger a intimidade, imagem, personalidade e dignidade dos condenados, visto que, a maneira como determinado fato é tratado pela mídia, diversos danos ao indivíduo exibido podem ser desencadeados. Por isso, o direito ao esquecimento se opõe a invasão ilícita da mídia nos direitos fundamentais do indivíduo, tutelando sua dignidade, o correto cumprimento de sua pena, e por fim, o seu direito à ressocialização.

O direito de ser esquecido deve ser observado como direito fundamental na medida em que

vivemos na era da informação, em que notícias podem ser acessadas a qualquer tempo e em qualquer lugar, além de serem compartilhadas incontrolavelmente. A partir do momento que afirmamos que não há direito absoluto, logo, o a liberdade de expressão e de imprensa também não são.

Por fim, o ordenamento jurídico brasileiro deve prosseguir no sentido de consolidar o direito ao esquecimento, principalmente na esfera penal, como instrumento, o qual, o indivíduo detém para evitar que fatos passados e maléficis a sua imagem sejam propagados a qualquer tempo, prejudicando sua posição e imagem diante da sociedade em que vive.

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou concluir por meio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, que a divulgação de certos episódios e dados referentes a determinados indivíduos é capaz de gerar danos irreversíveis e permanentes à sua imagem, principalmente quando esses episódios estão ligados a processos penais, os quais tal indivíduo configura como parte, tendo em vista, as barreiras que envolvem a ressocialização no Brasil.

Esse entendimento se compatibiliza com entendimentos de diversos juristas, como por exemplo, Gilmar Mendes (2007. p. 374):

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade como relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

No entanto, o direito ao esquecimento, apesar de ser uma importante ferramenta de mitigação contra essa divulgação descontrolada de informações, encontra dificuldades no cenário de superinformação em que vivemos, conforme registra José Carlos de Araújo Almeida Filho (2007. p. 165):

Se é certo que a mídia convencional (rádio, TV e imprensa escrita) já causa enormes danos à imagem das pessoas, por possíveis matérias de cunho sensacionalista, ainda há a possibilidade das informações se perderem com o tempo e serem relegadas ao esquecimento. Contudo, a Internet, esta prática não é possível. Os dados ficam, permanentemente, alocados nos servidores e possíveis de serem analisados a qualquer momento.

Atualmente, uma informação falsa, ou até mesmo verdadeira, dependendo da maneira em que é exposta, tratando da vida privada de uma pessoa, tem potencial para causar muito mais danos, do que antigamente, quando a divulgação era feita apenas pelos meios tradicionais de informação, sem a praticidade e facilidade da Internet.

Resta destacar, que o direito ao esquecimento não defende que a esfera virtual deve excluir qualquer informação negativa a respeito dos indivíduos, trata-se apenas de uma garantia contra esse

“superinformacionismo”. Apesar da doutrina possuir estudos que caminham em direção ao amadurecimento do tema, ainda há muito a ser discutido, principalmente no que se relaciona à fixação de parâmetros para definir o que realmente merece ser esquecido e conseqüentemente retirado ou impedido de ser divulgado pelas mídias.

Por fim, entendemos que um importante meio para iniciar essa fixação é a ponderação de valores, realizada razoável e proporcionalmente, entre os direitos fundamentais de liberdade de informação e de proteção à intimidade e imagem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados. Revista de processo, v. 32, n. 152, p. 165-180, out. 2007. item 1

AQUOTTI, Marcus Vinicius Feltrim; REBES, Beatriz Ferruzzi. Análise crítica ao sistema carcerário brasileiro frente aos problemas relatados no filme Carandiru. In: VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, 2017, Jacarezinho – PR. Anais **Responsabilidade do Estado**. Curitiba: Fundação Araucária, 2017. p. 85. ISBN 9788562288586.

BRASIL. Enunciados da VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em: 15 mai. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013. Informativo 527. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

COIMBRA, Janaina de Almeida; COIMBRA, Mário. Limitação temporal dos maus antecedentes e o direito ao esquecimento. Bandeirantes: Redige, 2016. 299 p. ISBN 9788562288586.

FERREIRA DA SILVA, Edson. Direito à Intimidade. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUNIZ, Mariana; PÁDUA, Luciano. “Direito ao esquecimento não é censura”, diz ministro do STJ. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/direito-ao-esquecimento-nao-e-censura-diz-salomao-09022018>>. Acesso em: 15 mai. 2018

OST, François. O tempo do direito. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PLANALTO. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

PLANALTO. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

PLANALTO. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967.

PLANALTO. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

VIEIRA, Ana Lúcia M., Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ENTRE MEDIDAS E URGÊNCIAS: A APLICABILIDADE DE UMA CRIMINOLOGIA FEMINISTA PELO NÚCLEO MARIA DA PENHA – NUMAPE/UENP

Vitória Sumaya Yoshizawa TAUIL¹
Brunna Rabelo SANTIAGO²

RESUMO

O presente artigo traz a realidade do município de Jacarezinho/PR quanto à (in)aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência regulamentadas pela Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Para tanto, expõe-se o trabalho desenvolvido pelo Núcleo Maria da Penha (NUMAPE), implementado na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e instituído pelo programa “Universidade sem Fronteiras”, de iniciativa do governo do Paraná. Objetiva-se demonstrar o frequente questionamento, seja por parte da mulher ou dos autores da violência, sobre a efetividade do instrumento jurídico da medida protetiva, bem como demonstrar a importância de se aplicar uma criminologia feminista para alcançar melhores resultados. Após vivências da equipe NUMAPE/UENP, constatou-se haver uma falta de contrapartida social em notificar o descumprimento das medidas aos órgãos competentes. A elaboração deste texto construiu-se por meio do método indutivo, ao partir da análise específica da aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência em Jacarezinho/PR, para o estudo de uma perspectiva geral dos desafios na efetivação da Lei Maria da Penha como um todo e da necessidade de se aplicar uma Criminologia Feminista. Representa marco teórico principal da pesquisa, a obra de Alice Bianchini “Lei Maria da Penha: Lei Nº 11.340/06: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero”.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade da Lei Maria da Penha; Mulher em situação de violência doméstica; Pesquisa e Extensão; Medidas Protetivas de Urgência.

ABSTRACT

This article presents the reality of the municipality of Jacarezinho / PR regarding the (in) applicability of the Emergency Protective Measures regulated by Law 11.340 / 06 (Maria da Penha Law). Therefore, the work developed by Núcleo Maria da Penha (NUMAPE), implemented at the State University of Norte de Paraná (UENP) and set up by the "University without Frontiers" program, on the initiative of the Paraná government, is presented. The objective is to demonstrate the frequent questioning, either by the woman or the perpetrators of the violence, of the effectiveness of the legal instrument of the protective measure, as well as demonstrate the importance of applying a feminist criminology to achieve better results. After experiences of the NUMAPE / UENP team, there was a lack of social contribution in notifying the non-compliance of the measures to the competent bodies. The elaboration of this text was built through the inductive method, starting from the specific analysis of the applicability of the Emergency Protective Measures in Jacarezinho / PR, to study a general perspective of the challenges in the implementation of the Maria da Penha Law as a whole and of the need to apply a Feminist Criminology. It represents the main theoretical framework of the research, the work of Alice Bianchini "Lei Maria da Penha: Law Nº 11.340 / 06: assistance, protection and criminal aspects of gender violence".

¹ Técnica em Informática pelo Instituto Federal do Norte do Paraná - IFPR. Iniciou o Bacharelado em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

² Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2018). Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT (2016). Advogada do Projeto de Extensão "Núcleo Maria da Penha - NUMAPE" - UENP. Integrante dos grupos de pesquisa: Violência: entre feminismos e infância; Execução Penal; e Gênero, Família e Violência do Diretório de Pesquisa do CNPq.

KEY WORDS: Effectiveness of the Maria da Penha Law; Woman in situation of domestic violence; Research and Extension; Protective Measures of Urgency.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre a respeito do Núcleo Maria da Penha – NUMAPE, instituído pelo curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, com o intuito de disponibilizar, no município de Jacarezinho/PR e região, um suporte, tanto jurídico quanto psicológico, para mulheres em situação de violência doméstica. Dentro dessa atuação, destaca-se a imprescindibilidade das medidas protetivas de urgência, instrumento jurídico aplicado pelo órgão julgador e apto a proteger a vítima de seu agressor, bem como evitar a concretização de uma nova agressão, distanciando-o ou impedindo que este frequente os mesmos locais que aquela, por exemplo.

Objetiva-se demonstrar o frequente questionamento, seja por parte da mulher ou dos autores da violência, sobre a efetividade do instrumento jurídico da medida protetiva. Ao relatar os fatos dos quais são vítimas, desde violências psicológicas até as físicas, as mulheres protegidas pelo Núcleo pontuam constantemente a descrença delas mesmas e de seus agressores quanto à aplicabilidade das medidas protetivas. A frase mais repetida é a seguinte: “Funciona essa tal de medida protetiva?”, o que demonstra a realidade não apenas de Jacarezinho, como também de outras cidades do Brasil.

Pergunta-se, então: Há realmente uma efetividade das medidas protetivas? A aplicação destas evita que o agressor volte a violentar a vítima? O instituto jurídico cumpre seu papel? Ao buscar a resposta para tais questionamentos, nota-se a deficiência de uma questão além da jurídica. O órgão jurisdicional, bem como os demais institutos do direito e seus operadores, não são onipresentes. Há a necessidade de uma contrapartida do gênero feminino em situação de violência doméstica e da sociedade como um todo para noticiar eventuais descumprimentos e, assim, a partir da ciência dos órgãos responsáveis, possibilitar a aplicabilidade de ações repressivas, como a prisão preventiva³, por exemplo.

Soma-se ao exposto, a necessidade de se aplicar uma criminologia feminista no ordenamento jurídico-penal, para que a mulher seja considerada verdadeiramente como sujeita de direitos em todas as etapas do processo penal. A vítima de violência doméstica deve ser

³ Artigo 20, Lei 11.340/06: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial” (BRASIL, 2006). O citado dispositivo da Lei Maria da Penha institui como medida protetiva à vítima, a prisão preventiva, ou seja, a prisão anterior ao trânsito em julgado e condenação definitiva do réu.

devidamente protegida pelo ordenamento jurídico, e sua situação não pode ser negligenciada por conta da ineficiência de uma lógica Processual Penal masculinista.

A elaboração deste texto construiu-se por meio do método indutivo, ao partir da análise específica da realidade da aplicação das medidas protetivas de urgência em casos de violência doméstica contra a mulher, praticados em Jacarezinho/PR; para o estudo de uma perspectiva geral da efetividade da Lei 11.340/06 e da necessidade de se aplicar uma Criminologia Feminista. Representa marco teórico principal, a obra de Alice Bianchini “Lei Maria da Penha Lei Nº 11.340/06: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero”, publicada em 2014, analisada em concomitância a própria Lei Maria da Penha e demais artigos que versam sobre essa temática.

Para discutir o exposto, o trabalho dividiu-se em três tópicos. Inicialmente, discorre-se sobre as medidas protetivas em si e suas possibilidades de aplicação. Em um segundo momento, trata-se da Criminologia Feminista e de como essa pode ser concretizada no ordenamento jurídico. Ao final, expõe-se a realidade de Jacarezinho/PR e a recente atuação do NUMAPE no município.

2 A LÓGICA ESTRUTURANTE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA)

O capítulo em questão inicialmente aborda a realidade atual demonstrando quão alarmante encontra-se a situação de violência à mulher, versa acerca da questão, a partir de dados, demonstrando: a violência contra a mulher, o feminicídio, bem como, a naturalização de tal violência posta. A partir disto, aborda a Lei 11.340/2006, alcunhada de Lei Maria da Penha, desenvolvendo um pouco acerca de seu conceito, dos fatos que culminaram para a proclamação da medida, bem como da sua inovação: as medidas protetivas de urgência. Ao final, deseja-se tratar brevemente da instituição dos Núcleos Maria da Penha (NUMAPE's), o qual será abordado posteriormente no Capítulo 4.

Faz-se necessário, inicialmente, tratar a respeito do ciclo da violência, abordando tal questão dentro da compreensão social acerca da Violência contra a Mulher, isto é, tratar a moral social. Pode-se dizer que inúmeros ditados populares repetidos com grande frequência e repassados entre gerações naturalizam e velam a violência contra o gênero feminino, bem como, absolvem os agressores de suas atitudes. Isso está presente em ditados como: “Em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, “Ele pode não saber o porquê bate, mas ela sabe por que apanha” ou, até mesmo, “Mulher gosta de apanhar”.

Torna-se importante trazer à tona tais ditos populares, pois demonstram que o fundamento da naturalização da violência contra as mulheres é cultural, como ressalta Dias:

Desde que o mundo é mundo humano, a mulher sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, coisificada, objetificada, monetarizada [...] A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder que leva uma relação de dominante e dominado. [...] Daí o absoluto descaso de quem sempre foi alvo a violência doméstica. O Brasil guarda cicatrizes históricas da desigualdade, inclusive no plano jurídico (DIAS, 2010, p. 19-20).

À luz do exposto pela autora pode-se afirmar que a violência doméstica parte de uma história de naturalização e, inclusive, impunidade. Visto que o Brasil possui – em suas palavras – um absoluto descaso com essa espécie de violência. Ela ainda ensina que o país guarda cicatrizes históricas da desigualdade, inclusive no plano jurídico, sendo que permeia a desigualdade de gênero nas estruturas sociais de poder (o homem como dominante e a mulher como dominada).

Essa questão de poder gera estatísticas alarmantes, segundo os dados do Mapa da Violência 2015, o Brasil atingiu em 2013 uma taxa média de 4,8 homicídios a cada 100 mil mulheres – 2,4 vezes maior que a taxa média observada em um ranking de 83 nações, de 2 assassinatos a cada 100 mil. Dessa forma o Brasil passou da 7ª posição, no levantamento anterior, realizado em 2010, para o 5º lugar em 2013. Ainda de acordo com o Mapa da Violência 2015: 27,1% (vinte e sete por cento) das mulheres são assassinadas em seu domicílio, enquanto os homens 10,1% (dez por cento).

Esses dados demonstram uma realidade: o assassinato de mulheres em contextos marcados pela desigualdade de gênero, o qual recebeu uma designação própria: feminicídio. De acordo com Vilchez, retirado do dossiê da Agência Patrícia Galvão:

“O feminicídio não é aceitável em uma democracia, pois é a violação de um dos direitos mais fundamentais do ser humano: o direito à vida. É preciso visibilizar que há um problema muito sério no Brasil: estão matando mulheres. Ou seja, estão assassinando mulheres de modos muito cruéis, em muitos casos de formas absolutamente atroz, e mulheres cada vez mais jovens.” Ana Isabel Garita Vilchez, criminologista e ex-ministra da Justiça da Costa Rica (AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. Dossiê Feminicídio, s/n, 2016).

É imprescindível a compreensão da autora nesse contexto, visto que ressalta que hoje no Brasil possuímos uma realidade alarmante: estão matando mulheres no Brasil, de maneiras cruéis, simplesmente por serem mulheres. Isto significa que a existência de uma violência de gênero em seu ápice: a violação de um dos direitos mais fundamentais (diz-se inerentes) ao ser humano – a vida.

Complementando essa situação estarrecedora, estão os dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, da 11ª Edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, de 2017, os quais demonstram que no Brasil há 1 estupro a cada 11 minutos e que 1 mulher é assassinada a cada 2 horas. Uma outra pesquisa do mesmo Fórum junto ao DATAFOLHA, a Pesquisa Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, de 2017, que 503 mulheres vítimas de agressão a cada hora.

Além disso, faz-se necessário tratar acerca da naturalização da violência, como demonstra uma pesquisa realizada pelo Instituto Avon em parceria com o “Data Popular” que entrevistou mulheres e homens jovens e traz como resultados: para os entrevistados, a violência é associada a agressões físicas. Traz também uma desproporção aos dados trazidos acima, o que justamente demonstra a naturalização da violência, já que apenas 8% das mulheres admitam espontaneamente já terem sofrido violência do parceiro e só 4% dos rapazes reconheçam que já tiveram atitudes violentas contra parceiras.

É nesta conjuntura que se insere a violência contra mulher e a compreensão da necessidade da criação de meios para deter essa realidade. De acordo com DIAS, 2010, a Lei Maria da Penha foi concebida visando ao cumprimento do disposto no art. 226⁴ da Constituição Federal, o qual em seu parágrafo 8.^{o5} garante que o Estado deve assegurar a assistência à família, bem como, de cada um de seus membros, instituindo mecanismos para coibir a violência. Sendo que a necessidade da estruturação de uma lei que coíba a violência à mulher, tornou-se imprescindível.

Ademais, No ano de 2002, o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação ao caso “Maria da Penha”, a qual foi vítima de violência doméstica ao sofrer, por duas vezes, tentativa de homicídio por parte de seu marido, acarretando uma dessas tentativas em uma lesão na coluna que a deixou paraplégica (DIAS, 2010). A condenação a nível internacional ensejou em uma série de obrigações de cumprimento do Estado democrático brasileiro, dentre elas, a elaboração de “normas de proteção integral à mulher vítima de violência doméstica e familiar” (BIANCHINI, 2014, p. 120).

A Lei 11.340/06, no momento de sua publicação, passou a ser conhecida como “Lei Maria da Penha”. É necessário refletir: mesmo que o caso Maria da Penha represente o marco inicial em busca de uma equidade de gênero na legislação brasileira e efetiva proteção da mulher vítima de violência doméstica, essa Maria representa muitas outras mulheres brasileiras violentadas por seus parceiros, irmãos, namorados, pais, padrastos, ex-maridos, todos os dias.

Os artigos 18 a 24 da Lei 11.340/06⁶ instituem as medidas protetivas de urgência,

⁴ CF, Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

⁵ CF, Art. 226, § 8º: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

⁶ Art. 18, Lei 11.340/06: “Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência; II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso; III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis”.

Art. 19, Lei 11.340/06: “As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. § 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado. § 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados. § 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à

instrumento processual definido pelos doutrinadores como “a principal inovação da Lei Maria da Penha ao lado da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher” (BIANCHINI, 2014, p. 178). Em casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz encontrava-se muito limitado em termos de possibilidades de atuação, tendo em vista que a maioria dos crimes iniciais do ciclo de violência (ameaça e vias de fato) são de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos quais as penas são muito mais amenas.

Em conformidade ao ressaltado acima, está a concepção da autora Dias, 2010, p. 106 a qual complementa que as medidas protetivas de urgência elencam “um rol de medidas para dar efetividade ao seu propósito: assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência. São previstas medidas inéditas, que são positivas e mereceriam extensão ao processo penal comum.” A lei em questão dedica um capítulo para as medidas protetivas de urgência. Reservando um artigo às

proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público”.

- Art. 20, Lei 11.340/06: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. *Parágrafo único.* O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.
- Art. 21, Lei 11.340/06: “A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público. *Parágrafo único.* A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor”.
- Art. 22, Lei 11.340/06: “Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. § 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. § 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso. § 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial. § 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”.
- Art. 23, Lei 11.340/06: “Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos”.
- Art. 24, Lei 11.340/06: “Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. *Parágrafo único.* Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo”.

medidas que obrigam o agressor e uma seção às chamadas: Das medidas protetivas de urgência à ofendida – a qual traz um rol meramente exemplificativo, isto é, não esgota o rol de providências passíveis de adoção.

É necessário observar que a aplicação de um regime punitivista (penas mais severas) não seria a solução para redução da criminalidade, entretanto, sendo o Direito Penal ramo jurídico de última *ratio*, utilizado quando as demais áreas da ciência jurídica não puderam solucionar a questão, nota-se a necessidade de aplicação deste em casos de violência doméstica. Afinal, de acordo com as pesquisas, o número de mulheres violentadas em relações de afeto e convivência representa uma crescente e preocupante realidade brasileira, conforme ressaltado por meio dos dados apresentados acima.

Nesse diapasão, a Lei 11.340/06 traz novas e necessárias possibilidades de proteção da mulher vítima de violência doméstica, sendo a principal delas, as medidas protetivas de urgência, as quais:

[...] permitiram não só alargar o espectro de proteção da mulher, aumentando o sistema de prevenção e combate à violência, como também dar ao magistrado uma margem de atuação para que possa decidir por uma ou outra medida protetiva, de acordo com a necessidade exigida pela situação (BIANCHINI, 2014, p. 178-179).

Soma-se ao exposto, o fato de a Lei Maria da Penha não configurar uma normativa meramente punitivista, sendo, além de tudo e principalmente, preventiva. Assim, pode o órgão julgador se utilizar das medidas protetivas para evitar que a violência venha a se concretizar, por meio, inclusive, de outros ramos do direito, como: trabalhista, civil e administrativo.

Cumpram ressaltar as principais características das Medidas Protetivas. O referido instrumento processual possui caráter primordial de urgência, razão pela qual há a obrigatoriedade de decisão sobre o pedido, por parte do Juiz, em até 48h (Art. 18, Lei 11.340/06). Além disso, a possibilidade de requerimento das medidas não se restringe ao Ministério Público (órgão acusatório), estendendo-se ainda à própria ofendida (Art. 19, Lei 11.340/06), podendo, inclusive, ser decretadas de ofício pelo próprio órgão julgador (Art. 20, Lei 11.340/06). Por priorizar a proteção da mulher em situação de violência, não há a necessidade de manifestação prévia do Ministério Público ou de audiência entre as partes para a concessão das medidas aqui analisadas (Art. 19, §1º, Lei 11.340/06).

Não restam dúvidas, após todo o exposto, dos ganhos trazidos pela Lei Maria da Penha ao instituir as Medidas Protetivas de Urgência. Entretanto, a aplicabilidade desse instrumento processual precisa ser mais bem trabalhada, para garantir a segurança do gênero feminino em situação de violência doméstica. Ao partir desse entrave, discute-se no tópico 4 (quatro) a realidade jacarezinhense e os desafios existentes para uma concreta efetividade das medidas protetivas e da

Lei Maria da Penha como um todo.

Após sete anos de vigência da Lei 11.340/06, em 2013, implementou-se, na cidade de Londrina, o primeiro Núcleo Maria da Penha, projeto de iniciativa do governo do Paraná. Atualmente, o Núcleo em pauta está presente nas sete universidades estaduais do estado. “O serviço de atendimento às mulheres de baixa renda em situação de violência doméstica já era prestado nas universidades de Londrina – a primeira a instalar o espaço, em 2013, e na de Maringá e do Oeste do Paraná” (GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ, 2018). Em Janeiro deste ano de 2018, iniciaram-se também os atendimentos nas universidades do Centro-Oeste, de Ponta Grossa, do Norte do Paraná e na Estadual do Paraná.

O intuito do governo era expandir esse atendimento para todas as Universidades Estaduais do Paraná, razão pela qual investiu 2,5 milhões na implementação de cada um desses Núcleos. “A iniciativa é da Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, por meio do Programa Universidade Sem Fronteiras. As universidades atuam junto com as demais instituições e órgãos governamentais que integram a rede de proteção à mulher no Estado” (GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ, 2018). Portanto, o Núcleo Maria da Penha, independentemente de em qual cidade está implantado, não dispensa a atuação dos demais órgãos de atuação de defesa da mulher, como os Postos de Saúde, o Judiciário, a Polícia Judiciária, o Ministério Público, entre outros.

Cada município constituiu o Núcleo de acordo com sua realidade e necessidade, mas, em geral, o atendimento prestado pelos NUMAPE's refere-se às áreas: jurídica, psicológica, psicossocial e pedagógica. No caso do NUMAPE/UENP (objeto de estudo desta pesquisa em específico), a equipe é formada por profissionais das áreas de Direito e Psicologia, inicialmente.

3 OS DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

O capítulo em questão visa à compreensão dos desafios encontrados para o estabelecimento de uma criminologia sob a perspectiva feminista – os quais se fundam na perpetuação de um sexismo, reflexo da existência de uma moral patriarcal que invisibiliza e silencia o gênero feminino. Traz-se, desta maneira, a apreensão de que na criminologia, bem como, em outros âmbitos da sociedade trata-se de um discurso de homens, para homens, sobre mulheres, fazendo da mulher apenas uma variável e não um sujeito. Essa conjuntura faz com que muitos de seus direitos estejam restritos, visto que alguém que não possui as vivências de uma mulher que os define. Ademais se trata também a conceituação e relevância da criminologia feminista e a aplicação de tal viés no Projeto de combate à violência doméstica *Apitaco* - Mulheres enfrentando a violência – realizado por uma ONG de Direitos Humanos.

Neste sentido, é imprescindível caracterizar o sexismo, o qual se funda em meio à

sociedade patriarcal, baseado em inúmeros âmbitos, sendo alguns deles: o econômico, o político, o cultural, o familiar, e até mesmo, pelo viés acadêmico. Concebendo, desta maneira, uma espécie de superioridade do gênero masculino, e estabelecendo uma série de privilégios aos homens. Tal entendimento também é trazido por Scott, 2008, a qual diz que o gênero é um dos eixos centrais que estruturam o poder e organizam as experiências no mundo social.

De acordo com Mendes (2012), as análises criminológicas são permeadas por meio da sobre-generalização ou da sobre-especificação, bem como, do familismo e androcentrismo. A autora ainda acrescenta em sua obra, que a criminologia era um discurso de homens, para homens, significando, desta maneira, que o gênero que prevalece no discurso criminológico é sob o olhar do gênero masculino:

Como visto, a criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres. E, ao longo dos tempos, se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens. Pois, já não era mais necessário, para alguns, “estudar” as mulheres; ou, politicamente relevante, para outros, considerar as experiências destas enquanto categoria sociológica e filosófica (MENDES, 2012, p. 157, grifo nosso).

A acepção retirada da fala da autora é que o discurso criminológico competente atual faz com que a mulher surja apenas em determinados momentos. Visto que, inicialmente, é um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres; e depois, torna-se um discurso de homens, para homens e sobre homens – devido à compreensão da irrelevância de estudar as mulheres. Sendo que, neste contexto, a mulher era compreendida pelo olhar masculino e não por um olhar feminino, restringindo a veracidade de tal discurso. Desta forma, a mulher seria no máximo, uma variável, jamais um sujeito.

Tratando-as como variáveis, e não, sujeitos do crime. É passível a compreensão da invisibilidade da mulher ao tratar a criminologia, isso significa, que o discurso não é feito por elas, mas sim sobre elas. Não como escritoras de seu lugar de fala (ou seja, para garantir os seus direitos, deveres e especificações quando o assunto é crime), mas sim tendo homens como seus porta-vozes. Conforme ressaltam os autores, Biroli; Miguel (2014), p. 8: “O gênero define, em intersecção com as limitações de classe e raça, as posições que podem ser por eles ocupadas, alicerçando, com isso, a irrisória presença feminina nos espaços de poder”. Fica notório por meio da afirmação dos autores que as mulheres não se fazem presentes meio aos espaços de poder devido ao gênero, o que influencia diretamente – na compreensão do trabalho – na perspectiva da criminologia. Pois não possuem voz ativa.

Com isso, objetiva-se a compreensão de que o discurso criminológico é sexista – devido ao silenciar das vozes femininas, isto é, da representação das mulheres por meio de homens. Cumpre ressaltar o posicionamento da autora Michelle Perrot (2017, p. 198), que descreve que o gênero

feminino é observado e descrito pelos homens e não por si, sendo a figura masculina porta-voz da outra e submetendo, portanto, o gênero feminino ao masculino:

O texto feminino é estritamente especificado: livros de cozinha, manuais de pedagogia, contos recreativos ou morais constituem a maioria. Trabalhadora ou ociosa, doente, manifestante, a mulher é observada e descrita pelo homem. Militante, ela tem dificuldade em se fazer ouvir pelos seus camaradas masculinos, que consideram normal serem seus porta-vozes. A carência de fontes diretas, ligadas a essa mediação perpétua e indiscreta, constitui um tremendo meio de ocultamento (PERROT, 2017, p. 198).

A importância da fala de Perrot (2017) reside na compreensão de que o sexismo afeta diretamente inúmeras áreas, desde a produção de textos femininos – os quais são restritos ao que a sociedade patriarcal compreende como feminino (livros de cozinha, contos e manuais recreativos), trazendo ainda, que tal invisibilidade das mulheres é observada até mesmo no âmbito da militância, sendo que as mulheres são observadas e descritas pelo homem, como seus porta-vozes. A perspectiva da autora deve ser estendida quando o assunto é criminologia. Para que as mulheres possam criar um discurso de mulheres para mulheres, sendo representadas devidamente.

Quanto ao paradigma feminista e a aplicação de uma perspectiva de gênero em meio ao âmbito criminológico, faz-se necessário ressaltar a concepção de Mendes:

O paradigma feminista implica uma radicalização completa na medida em que perspectiva de gênero não é um “aditivo”, como ocorre em análises criminológicas realizadas sob o paradigma da reação social. Ademais, o reconhecimento do processo de custódia, construído ao longo de séculos, e vigente até nossos dias, torna impossível a adoção do sistema de justiça criminal como o objeto principal (no mais das vezes único) do campo de conhecimento (MENDES, 2012, p. 188)

A autora Soraia da Rosa Mendes diz que a aplicação de uma perspectiva de gênero, enquanto feminista, acarreta uma radicalização nas análises criminológicas, uma vez que, o gênero não será um aditivo, como tem sido posto em análises sob o paradigma da reação social. No entanto, tornaria um giro epistemológico, permeando a realidade vivida pelas mulheres e, inclusive, reconhecera o processo de custódia do gênero feminino, ao longo dos séculos.

Para Mendes (2012) a relevância de uma perspectiva feminista na criminologia consiste – utilizando o termo da autora, em um “giro epistemológico” – que proporciona para a análise criminológica a realidade vivenciada pelas mulheres, as quais seriam porta-vozes de seus próprios interesses. Sejam vítimas, sejam réus, sejam condenadas (dentro ou fora do sistema de justiça criminal). Isso significa que o grande marco propiciado por uma criminologia feminista é o fato de que será de mulheres, para mulheres e sobre mulheres.

O conceito de feminismo, de acordo com Soares (1994, p. 33): “é a ação política das mulheres. Engloba teoria, prática, ética e toma as mulheres como sujeitos históricos da transformação de sua própria condição social. Propõe que as mulheres partam para transformar a si mesmas e ao mundo”. É importante essa definição da autora, pois ela ressalta que é a partir do

Movimento Feminista que será possível o posicionamento da mulher como agente de transformação e sujeito de si, isto é, como escritora de sua própria história. Da mesma maneira, que a partir de um olhar feminista (isto é, da criminologia feminista) será possível uma análise verossímil.

Assim, não resta dúvida que, a despeito dos avanços femininos na conquista de espaços públicos, a divisão de papéis sociais impostos na sociedade patriarcal resiste e se expressa nas áreas que competem socialmente às mulheres, porque a base material do patriarcado não foi destruída, apenas foi revestida com outra roupagem na exploração capitalista (SAFFIOTI, 2004).

Não basta falar acerca da epistemologia feminista e da necessidade de um discurso criminológico feminista, é imprescindível trazer aplicações e alternativas neste ensejo. Ressalta a autora Mendes:

Talvez uma das alternativas seja dar real significado a formas de atuação punitiva comunitárias desenvolvidas pelas próprias mulheres. Não se pode fechar os olhos para o que as mulheres estão construindo como alternativas de solução de conflitos que, não dispensam o direito penal completamente, mas que mostram ser possível diminuir muito sua esfera de incidência. Me explico com um exemplo: o projeto do Grupo de Mulheres Cidadania Feminina, apoiado pelo Fundo Brasil de Direitos Humanos (MENDES, 2012, p. 210).

É importante trazer tal entendimento da autora, antes de finalizar o entendimento da perspectiva da criminologia feminista, pois ressalta que as mulheres estão construindo alternativas de solução de conflitos que, de alguma maneira, diminuem a esfera de incidência do direito penal – não como um todo, mas em parte. Sendo uma espécie de alternativa de uma atuação punitiva comunitária. A autora ressalta como exemplo o Projeto chamado *Apitaco - Mulheres enfrentando a violência*.

O projeto chamado *Apitaco - Mulheres enfrentando a violência*, que é de uma ONG de Direitos Humanos, o qual ocorre desde 2003. Trata-se de uma adaptação de diferentes experiências bem sucedidas, em diversos países sul-americanos, de denúncia da violência contra mulheres. O objetivo do projeto é, divulgado na comunidade por meio de uma rádio comunitária, de estimular a reação, por parte de outras mulheres e da comunidade, contra ações de violência doméstica ou sexista, no momento em que ocorrem, pelo uso de apitos em frente ao local do crime, como forma de denúncia e constrangimento do agressor. Como resultado, constatou-se a diminuição dos casos de violência e o estímulo ao enfrentamento das agressões (MENDES, 2012).

Tal projeto é de essencial funcionamento, pois esclarece que existem outras alternativas ao direito penal. Respalda na moral e funcionamento da sociedade trazendo resultados visíveis às mulheres vítimas de violência doméstica. Visto que, neste caso, outras mulheres ou personagens da comunidade em questão, interferem no caso aplicando a sua maneira a denúncia e o constrangimento ao agressor. Traz-se a partir deste, uma diminuição aos casos de violência e o

estímulo ao enfrentamento das agressões.

4 O TRABALHO REALIZADO PELO NÚCLEO MARIA DA PENHA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ (NUMAPE/UENP) EM JACAREZINHO/PR

O capítulo em questão, por fim, aborda acerca do trabalho realizado pelo Núcleo Maria da Penha da Universidade Estadual do Norte do Paraná (NUMAPE/UENP), em Jacarezinho, Estado do Paraná. O qual trata-se de um projeto de iniciativa do governo do Paraná e está presente em sete universidades do estado e realiza atendimento jurídico e psicológico para as mulheres de baixa renda em situações de violência doméstica. Tratando, inicialmente da implementação dos núcleos em 2013, na cidade de Londrina e depois, de sua expansão. Dado isso, trata-se especificamente do caso de Jacarezinho e do funcionamento do NUMAPE na UENP, o qual foi instalado neste ano.

Após sete anos de vigência da Lei 11.340/06, em 2013, implementou-se, na cidade de Londrina, o primeiro Núcleo Maria da Penha, projeto de iniciativa do governo do Paraná. Atualmente, o Núcleo em pauta está presente nas sete universidades estaduais do estado. “O serviço de atendimento às mulheres de baixa renda em situação de violência doméstica já era prestado nas universidades de Londrina – a primeira a instalar o espaço, em 2013, e na de Maringá e do Oeste do Paraná” (GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ, 2018). Em Janeiro deste ano de 2018, iniciaram-se também os atendimentos nas universidades do Centro-Oeste, de Ponta Grossa, do Norte do Paraná e na Estadual do Paraná.

O intuito do governo era expandir esse atendimento para todas as Universidades Estaduais do Paraná, razão pela qual investiu 2,5 milhões na implementação de cada um desses Núcleos. “A iniciativa é da Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, por meio do Programa Universidade Sem Fronteiras. As universidades atuam junto com as demais instituições e órgãos governamentais que integram a rede de proteção à mulher no Estado” (GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ, 2018). Portanto, o Núcleo Maria da Penha, independentemente de em qual cidade está implantado, não dispensa a atuação dos demais órgãos de atuação de defesa da mulher, como os Postos de Saúde, o Judiciário, a Polícia Judiciária, o Ministério Público, entre outros.

Cada município constituiu o Núcleo de acordo com sua realidade e necessidade, mas, em geral, o atendimento prestado pelos NUMAPE's refere-se às áreas: jurídica, psicológica, psicossocial e pedagógica. No caso do NUMAPE/UENP (objeto de estudo desta pesquisa em específico), a equipe é formada por profissionais das áreas de Direito e Psicologia, inicialmente.

A pesquisa desenvolvida neste texto representa fruto de estudos realizados no Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná e, por essa razão, convém citar a realidade dessa localidade. Implementado em janeiro de 2017, na cidade de

Jacarezinho, Paraná, o Núcleo Maria da Penha – NUMAPE seria também um exemplo da aplicabilidade da Lei 11.340/06 e dos desafios para efetivação desta.

Nos moldes do Edital NUMAPE 02/2017, “o subprograma Inclusão e Direitos Sociais – Núcleo Maria da Penha (NUMAPE), destina-se a financiar projetos orientados pelo princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”. Com o intuito de cumprir o proposto, o núcleo, composto por duas advogadas, duas estagiárias de direito e uma psicóloga, propõe o desenvolvimento do empoderamento das Mulheres do Município de Jacarezinho e consequente combate a violências de gênero existentes na referida região, a partir da utilização do financiamento oriundo do Programa Paraná Inovador da SETI, o Programa de Extensão “Universidade Sem Fronteiras” – SETI/USF.

Inserir-se o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, localizado na cidade de Jacarezinho/PR, como Instituição de pesquisa disposta a construir e implementar na comunidade o Projeto aqui descrito, ao promover uma luta contra a misoginia e violências de gênero presentes na comunidade jacarezinhense, utilizando como armamento a participação da própria comunidade local, fomentada pelas ações desenvolvidas pela equipe NUMAPE, em parceria com demais órgãos e instituições do município. Destaca-se, ainda, a representação do projeto como um ato de combate e batalha em favor da equidade de gênero na região de Jacarezinho, e na defesa do gênero feminino desta localidade, mesmo com as dificuldades apresentadas a partir da naturalização da violência de gênero em uma sociedade conservadora e patriarcal.

De acordo com o Plano Municipal de Saúde 2014-2017, elaborado pelo Município de Jacarezinho, a cidade possuía no ano de 2010, com base nos dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cerca de 39.121 habitantes, sendo 19.136 homens e 19.185 mulheres. Constata-se, assim, que mais de 50% da população jacarezinhense é composta por mulheres. Entretanto, essa maioria em números não demonstra na prática uma maioria em representatividade. Os altos cargos são ocupados por homens, da mesma forma, na política são eleitas, em grande maioria, pessoas do sexo masculino.

A cultura masculina, concretizada e naturalizada em sociedades patriarcais, possui um grande poder de abrangência social. O que se reflete, como também se fortifica, a partir da submissão da mulher a posições e participações sociais de importância reduzida. Exemplo do exposto representa a exclusão da mulher no âmbito político (SANTIAGO; SALIBA, 2016).

No que concerne Jacarezinho, justifica-se a formação patriarcal e sexista da cidade principalmente por sua história. Segundo o Plano de saúde aqui já citado, Jacarezinho foi fundada por homens:

O primeiro desbravador do território que compõe o atual município de Jacarezinho foi o fluminense Joaquim Calixto que aqui se estabeleceu, dando início à colonização. Outros sertanistas afluíram no local, fixando-se nas proximidades da residência do pioneiro, entre eles Joaquim Severo Batista e Francisco de Paula Figueiredo (CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE, 2013, p.08).

Além disso, também possui forte formação religiosa: “Com os desbravadores vieram o médico Dr. João Cândido Fortes e o Padre Joaquim Ignácio de Melo, que celebrou a primeira missa como símbolo da fundação do povoado, no dia 24 de dezembro de 1888, na Fazenda Prata” (CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE, 2013, p. 08). Destaca-se, ainda, nesse processo de formação da cidade:

Mas o povoamento de Jacarezinho teve incremento realmente efetivo em 1888, quando o desbravador mineiro Antonio Alcântara Fonseca Guimarães por aqui se aportou com a família e numerosos acompanhantes, fundando a Fazenda da Prata procedendo à derrubada de matas na região situada entre os rios Paranapanema e Jacaré. Às famílias Alcântara, Lemos e Batista deve-se, pois, a colonização inicial da região, construindo-se as primeiras residências e fundando-se as primeiras lavouras (CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE, 2013, p. 08).

Vê-se, além do anteriormente exposto, que há uma formação coronelista da região. A forma como a cidade de Jacarezinho surgiu não se diferencia das demais cidades do Brasil, todas desenvolvidas sob uma lógica masculino-opressora. Entretanto, a necessidade específica da comunidade Jacarezinhense com relação ao empoderamento de suas mulheres e meninas e construção de uma consciência feminista no município, resta comprovada pelo fato da cidade ser territorialmente pequena (Superfície de 587,769 km²) e localizada no interior do Estado, fatores que contribuem de forma direta para perpetuação de uma mentalidade conservadora e preconceituosa da população residente. Por esse motivo, a ação do projeto na cidade de Jacarezinho demonstra-se de extrema importância e urgência para combater a invisibilidade de toda e qualquer mulher inserida nesse contexto de violência e exclusão, objetivando reduzir principalmente o número de mulheres vítimas de violência doméstica na cidade.

Ao relacionar o exposto com o defendido pelos autores Vladimir Brega Filho e Fernando de Brito Alves (2013), evidencia-se a necessidade de aplicar corretamente essa ação afirmativa, representada pela Lei Maria da Penha, como forma de compensar todo sofrimento vivenciado pelas mulheres, oprimidas em séculos por uma sociedade machista. Apenas com a correta e efetiva aplicação do citado dispositivo legal, a igualdade material entre homens e mulheres estará mais próxima de ser alcançada.

Dentro desse contexto, insere-se o NUMAPE como uma iniciativa primordial para o alcance dessa igualdade material entre homens e mulheres em Jacarezinho/PR. A atuação do Núcleo em pauta consiste em atendimento jurídico e psicossocial gratuito a mulheres vítimas de violência de gênero na região. Além disso, trabalha-se com a promoção de cursos de capacitação em justiça

de gênero e feminismos para profissionais da saúde e de segurança que operam no município, bem como cursos livres de conscientização da rede de defesa a mulher em situação de violência, com especial atenção à divulgação das medidas protetivas garantidas pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), abertos a toda comunidade. Assim, as estratégias de ação consistem em: ações interdisciplinares nas Escolas para socialização de crianças e adolescentes; apoio jurídico, psicossocial e hospitalar a todo e qualquer tipo de violência (física, sexual, psicológica, moral, patrimonial, entre outras) contra o gênero feminino; Cursos de Capacitação, promovidos de forma interdisciplinar, para operadores dos Órgãos envolvidos; Cursos interdisciplinares de conscientização feminista para as mulheres de toda comunidade jacarezinhense.

Em relação às Medidas Protetivas de Urgência, a realidade jacarezinhense não diverge da maioria das regiões brasileiras. O questionamento quanto à efetividade desse instrumento jurídico, conforme se nota na frequente indagação proferida pelas mulheres assistidas pelo Núcleo: “Funciona essa tal de Medida Protetiva?”, demonstra uma falta de conscientização feminista social e, conseqüentemente, de fortalecimento dessas mulheres.

A plena efetividade de qualquer dispositivo jurídico exige não apenas a correta atuação dos operadores do direito, mas também uma contrapartida social. Nesse sentido, ao deferir as Medidas Protetivas de Urgência, espera-se que a vítima, ou ainda pessoas do seu ciclo de convivência, ou mesmo desconhecidos que estejam cientes da situação, notifiquem os órgãos responsáveis (Ministério Público, Judiciário, o próprio Núcleo Maria da Penha), em caso de descumprimento. Vê-se, então, no referido contexto, a imprescindibilidade de aplicação do caráter preventivo da lei, para que ditos populares como “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher” sejam desconstruídos.

5 CONCLUSÃO

A criação da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) trouxe importantes e benéficas modificações, de caráter jurídico e social, para a proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar. Entretanto, para a correta aplicação desse instituto, há a necessidade de se concretizar uma criminologia feminista, apta a fortalecer o gênero feminino; inseri-lo como sujeito de direitos e não apenas como “parte complementar”, tanto no aspecto científico quanto na realidade de combate à violência doméstica; e a fomentar a participação da sociedade como um todo na luta contra esse ciclo de violência masculino-opressora.

Justamente com o intuito de aplicar corretamente a Lei 11.340/06, pautando-se em uma Criminologia Feminista, implementou-se na Universidade Estadual do Norte do Paraná, o Núcleo Maria da Penha – NUMAPE. Entretanto, não se restringe a atuação do referido núcleo a um

acompanhamento jurídico e psicológico de mulheres vítimas de violência doméstica, mas também envolve uma atuação preventiva. Quer-se impedir que outras mulheres tornem-se vítimas de violência, bem como, que outros homens tornem-se agressores. Dessa forma, desenvolvem-se ações preventivas de conscientização da população jacarezinhense em relação aos direitos das mulheres e divulgação (de forma clara e objetiva) dos preceitos inseridos na própria Lei Maria da Penha.

Dentro do contexto trazido em pauta, traz-se a aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência. O Núcleo Maria da Penha – NUMAPE / UENP, ao prestar apoio jurídico e psicológico ao gênero feminino em situação de violência doméstica, constantemente depara-se com questionamentos em relação à efetividade das referidas medidas, tanto por parte dos agressores quanto das ofendidas. Essa situação decorre do fato de, em alguns casos, “nada” acontecer ao agressor após o descumprimento do instrumento jurídico de proteção aqui analisado.

Entretanto, faz-se necessária a compreensão de que os órgãos de proteção não possuem caráter onipresente, razão pela qual há a imprescindibilidade de notificação do descumprimento da medida, pela própria ofendida ou por qualquer outro indivíduo que do fato tome ciência. Portanto, a conscientização feminista demonstra-se necessária não apenas para prevenção, mas também para a concretização de uma criminologia livre dos moldes patriarcais, possibilitando um combate mais eficaz ao ato de violência.

Conforme exposto, o trabalho realizado pelo Núcleo Maria da Penha, no que concerne às ações sociais desenvolvidas em escolas, postos de saúde e em eventos abertos ao público, consiste em requisito fundamental para a concretização plena e eficaz de uma Criminologia Feminista e, conseqüentemente, da proteção do gênero feminino em situação de violência doméstica e familiar, configurando exemplo do exposto a própria aplicação das Medidas Protetivas de Urgência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO; SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Dossiê Femicídio**. Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/femicidio/>>

Acesso em: 10 jun. 2018

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. – (Coleção Saberes Monográficos).

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. **BRASIL. Constituição Federal**, 48 ed – Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara. 1988.

_____. **LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º11.340**, de 7 de Agosto de 2006.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. O DIREITO DAS MULHERES: UMA ABORDAGEM CRÍTICA. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 131-142, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/130/130>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE – CMS/JAC. **Plano Municipal de Saúde 2014 - 2017**. Município de Jacarezinho. Secretaria Municipal de Saúde, Jacarezinho/PR, dezembro de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU; Organização Pan-Americana da Saúde – Organização Mundial da Saúde. OPAS/OMS; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres; Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Disponível em: <

http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/11/MapaViolencia_2015_homicidiodemulheres.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017**.

Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf> . Acesso em: 03 jun. 2018.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública; DATAFOLHA: Instituto de Pesquisa. **A Vitimização de mulheres no Brasil**. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. Universidades Estaduais contam com Núcleo Maria da Penha. **Agência de Notícias do Paraná**, 2018. Disponível em: <

<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=97099&tit=Universidades-estaduais-contam-com-Nucleo-Maria-da-Penha>>. Acesso em 09 jun. 2018.

Instituto AVON; DATA Popular. **Violência contra a mulher: o jovem está ligado?**. Disponível em:

<http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2014/12/pesquisaAVON-violencia-jovens_versao02-12-2014.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a Criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a Epistemologia Feminista. 2012. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília, PPG/FD/UnB, Brasília.

PERROT, Michelle. **Os excluídos da história: Operários, mulheres e prisioneiros**. 7.ed. Rio de Janeiro | São Paulo, Paz & Terra. 2017.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTIAGO, Brunna Rabelo; SALIBA, Maurício Gonçalves. **Bailarinas não fazem política?**

Análise da violência de gênero presente no impeachment de Dilma Rousseff. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 21, n. 21, p. 91-105, dez. 2016. Edição especial. Disponível em: < <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/916/482>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

SCOTT, Joan Wallach. **Género e historia**. Ciudad de México: Universidad Autónoma de la Ciudad de México, 2008.

SECRETARIA DE ESTADO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR – SETI. **Edital N° 02/2017**. Programa Universidade sem Fronteiras. Subprograma inclusão e Direitos Sociais - Núcleo Maria da Penha – NUMAPE. Curitiba: Agosto, 2017.

SOARES, Vera. **Muitas faces do feminismo no Brasil**. Disponível em: < <https://cbd0282.files.wordpress.com/2014/05/feminismonobrasil.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018

INFRAÇÕES DISCIPLINARES NA EXECUÇÃO PENAL: CONTRIBUIÇÕES A UMA “TEORIA DA PENA DISCIPLINAR”

Vinícius Flores BRANCO¹
Florestan Rodrigo do PRADO²

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo fornecer argumentos para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de uma “teoria da pena disciplinar”. Parte de uma perspectiva crítica ao poder punitivo, que preza pela eficácia constitucional e pelo estabelecimento de limites à interpretação da lei. O referencial teórico histórico e sociológico serve de aporte para uma compreensão sistemática do tema versado. Visa-se, precipuamente, a identificar a invalidade de normas no seio da disciplina executória penal, bem como a traçar distinções entre esta e a disciplina administrativa, de modo a fundamentar a existência de um regime jurídico e uma dogmática próprios às infrações disciplinares.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Teoria da Pena Disciplinar. Inconstitucionalidades. Garantias Penais. Filosofia da Linguagem. Teoria Crítica.

ABSTRACT

The presente work has for goal to provide arguments to the development and improvement of a “disciplinary penalty theory”. It comes from a critical perspective of the punitive power, which appreciates the constitutional efficacy and the establishment of limits to the interpretation of the law. The historical and sociological theoretical reference offers a systematic contribution of the versed topic. It aims, mainly, to identify the invalidity of norms in the penal executory discipline, as well as draw distinctions between this and the administrative discipline, in order to ground the existence of a juridical regime and a dogmatic of disciplinary infractions themselves.

KEY WORDS: Penal Enforcement. Disciplinary Penalty Theory. Unconstitutionality. Criminal Guarantees. Philosophy of Language. Critical Theory.

1 INTRODUÇÃO

A prisão é objeto de estudos dos mais variados matizes e de diversos ramos das ciências humanas, mas sua presença é também sempre notável em manifestações artísticas, mormente literárias. Com sua ascensão à sanção penal por excelência a partir da modernidade, passou a povoar o imaginário de muitos, lugar um dia ocupado pelos suplícios.

É também objeto de reivindicação política e ideológica. Muitas vezes acusada de estimular a indolência, de fornecer condições de vida imaginadas acima dos padrões do trabalhador comum, de impor ao contribuinte gastos com seres ditos desmerecedores da assistência social; por outro

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. Discente da pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP/SP. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente – ITE/SP. Professor do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. Advogado público da Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel - FUNAP.

lado, de violar direitos humanos, de não assegurar uma condição de existência digna, de não perseguir com verdadeiro vigor o ideal recuperador a que se propõe. Não são apenas dois lados que reivindicam a necessidade de correção no sistema prisional: há uma multipolaridade de discursos, que compreende também os que pretendem a própria ruína da instituição.

No interior dos muros prisionais uma série de pequenas autoridades exercem um poder difuso, ora pautado na lei e na ordem constitucional, ora à sua margem. À prática de uma conduta nem sempre ilegal, muitas vezes tipificada em atos infralegais, segue-se a instauração de um procedimento estranho ao processo de conhecimento criminal permeado de garantias – embora com frequência negligenciadas pelos aplicadores da norma – que culmina na imposição de uma sanção observada de longe e de esguelha pelos magistrados.

Tratar das infrações disciplinares na execução penal, sob uma perspectiva científico-jurídica, implica no reconhecimento de limitações aos agentes estatais, seja na elaboração como na execução de normas, o que tem como epicentro a consolidação de uma noção de normatividade constitucional. Tal perspectiva logra ascensão no período do pós-guerra, com a crise de legalidade que tem seu auge no nazismo, e permite o desenvolvimento de uma nova doutrina jurídica.

A Constituição Federal, portanto, é o ponto de partida de todas as normas e o primeiro horizonte a ser contemplado pelos agentes do Estado. Nela também constam os traços iniciais do sistema punitivo e o aparato de garantias constitucionais limitadoras da persecução penal. Daí a multiplicidade de discursos sobre o cárcere encontrar seu limite neste diploma normativo: não cabe aos legisladores, magistrados e autoridades penitenciárias se furtarem à aplicação daquele – tampouco das leis que nele encontram sua base de validade – a pretexto de desempenhar a atividade que supõem política ou socialmente adequada, arrogando-se uma posição de arautos da moral.

O presente trabalho pretende abordar o tema sob uma perspectiva hermenêutica e sistemática, tendo como referencial teórico autores cuja ocupação precípua se volta ao fornecimento de respostas adequadas à constituição, como é o caso de Streck e Oliveira, bem como de autores empenhados na construção de uma teoria crítica no seio da execução penal, tais como Roig e Carvalho.

No primeiro capítulo são delineadas as premissas iniciais, de natureza filosófica, histórica e sociológica, sobre as quais o tema será desenvolvido. No segundo capítulo, ocupou-se com a identificação de normas e atos infralegais em desconformidade com a Constituição, que compõem a musculatura do braço punitivo estatal. Já no terceiro capítulo, busca-se justificar a necessidade de existência de um regime jurídico próprio às infrações disciplinares, visando a dar vazão à efetividade de garantias constitucionais, bem como discorre-se acerca do princípio da legalidade na execução penal. Por fim, no derradeiro capítulo, opera-se a conclusão.

2 PREMISSAS INICIAIS

Antes de adentrar o tema do presente trabalho, imperioso traçar algumas premissas a partir das quais será desenvolvido.

A premissa inicial, de natureza filosófica, é, possivelmente, a mais relevante, porquanto ignorada por boa parte da doutrina jurídica. Traduz-se na constatação da superação, levada a cabo pela denominada “filosofia da linguagem”, do esquema sujeito-objeto; vale dizer, da filosofia da consciência, que tem suas raízes no pensamento kantiano.

Se o esquema sujeito-objeto, fruto da modernidade, significou o abandono das posturas objetivistas da metafísica clássica, invertendo a polaridade do conhecimento e alçando o sujeito à posição de primazia nesta estrutura, a filosofia da linguagem – desenvolvida ao longo do século XX por Heidegger, Wittgenstein, Gadamer, etc. – desempenhou semelhante papel na ruptura com a filosofia da consciência. O denominado giro-linguístico (e o giro-ontológico-linguístico) por ela inaugurado estabeleceu-se como novo paradigma filosófico.

No giro-linguístico “a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina” (STRECK, 2012, p. 14). Na linguagem se dá a ação, o sentido; o sujeito surge na própria linguagem, de modo que o que morre é “a subjetividade ‘assujeitadora’ e não o sujeito da relação de objetos [...]” (STRECK, 2012, p. 14-15).

Ora, definitivamente, depois do giro ontológico-linguístico, não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos “fora” de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de “testemunho da verdade” (STRECK, 2012, p. 59-60)

Já não é mais possível admitir que os significados sejam construídos a partir do sujeito. Há uma comunidade compartilhada de sentido que a ele se apresenta previamente e se antecipa à própria interpretação.

Nesta senda, é possível inaugurar no direito novo caminho para uma crítica do positivismo normativista e da discricionariedade que o acompanha – até mesmo em suas formas mais sofisticadas – em uma tentativa de combater o arbítrio judicial e controlar o poder decisório a partir de limites instituídos sobre o tabuleiro democrático.

Para os fins a que nos propomos neste trabalho, partir desta premissa importa reconhecer os limites da atividade jurisdicional, que se prestam ao controle do arbítrio (ou discricionariedade). Limites esses que se manifestam na linguagem – semânticos – e, portanto, exurgem das próprias

normas jurídicas.

Trata-se também de exigir do magistrado no desempenho de sua função precípua o respeito aos preceitos constitucionais. A hermenêutica possibilita justamente superar o problema da interpretação/aplicação, relegado a segundo plano pelos positivistas, de sorte que as respostas possam ser “adequadas à constituição” (STRECK, 2017, p. 52).

Afirmar a força normativa da constituição não significa altear os princípios a patamar superior, como que disponibilizando um instrumental ao magistrado a ser utilizado ao seu bel-prazer – o que abriria margem à expansão do decisionismo e um retorno à filosofia da consciência. Implica, ao revés, admitir um resgate do mundo prático pelos princípios, defendido por Streck. Os princípios são deontológicos: sua normatividade advém de uma

convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nesta perspectiva são vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade. (STRECK, 2017, p. 577)

Todo caso é oxigenado por princípios; ou melhor, em todo caso “compreendido e interpretado já sempre aconteceram os princípios – e não o princípio” (OLIVEIRA, 2007, p. 189) e toda decisão deve ser neles justificada. Existe uma diferença ontológica entre princípios e regras, “mas seu acontecimento se dá numa unidade que é a antecipação de sentido” (OLIVEIRA, 2007, p. 189).

A segunda premissa se refere à natureza da execução penal. A afirmação de natureza de determinado instituto sempre traz o perigo de se incorrer em um conceitualismo com pretensão de preestabelecer um significado e aprisioná-lo como entidade metafísica. A questão que se põe aqui trespassa, inelutavelmente, pelo arcabouço normativo constitucional. Defender uma natureza jurisdicional à execução é conferir ao condenado o acesso à jurisdição diante de qualquer ato inerente àquela atividade: vale dizer, é afirmar que ele é titular de todos os direitos não privados necessariamente e nos estritos termos legais pela própria imposição da pena. Talvez a melhor pergunta seja justamente se existe uma via de acesso à jurisdição e aos direitos a ela inerentes, diante dos atos praticados no procedimento em questão.

A execução penal consubstancia-se no processo de aplicação da reprimenda ao condenado. É o momento derradeiro da persecução penal, aquele no qual a sanção se materializa e produz seus efeitos, que serão suportados pelo recluso; o verdadeiro clímax do exercício do poder estatal sobre o indivíduo.

Como corolário dessa afirmação, deve ser reconhecido o caráter jurisdicional do instituto em comento, o que implica o respeito aos direitos e garantias individuais. A propósito, todos os

direitos não atingidos pela sanção penal devem ser resguardados, a teor do que dispõe o art. 38 do Código Penal: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. No mesmo sentido o contido no art. 3º da Lei nº 7.210/84.

Tal previsão seria até mesmo desnecessária, considerando tratar-se de desdobramento do princípio da legalidade estrita, de natureza constitucional. Afinal, as autoridades administrativas só podem agir de acordo com o que a lei determina, se mostrando descabida a limitação (violação) de direitos não proveniente da lei (art. 37, da Constituição Federal).

A esse despeito, há vozes que defendem ainda uma natureza puramente administrativa à execução penal – embora francamente minoritárias –; outras pugnam por uma natureza mista: administrativa e jurisdicional.

Não há como admitir, em especial com o advento da Constituição Federal de 1988, a prevalência das referidas teses, as quais acabam desconsiderando o conflito de interesses que envolve o procedimento executório, e incorporando elementos inquisitoriais avessos ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade e devido processo legal, e até mesmo do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (ROIG, 2014, p. 105).

Em defesa da natureza jurisdicional, e acerca da necessidade do controle de legalidade, Carvalho (2001, p. 169) pontua: “Não se pode olvidar que a execução está vinculada à sentença penal, constituindo lesão toda e qualquer atividade restritiva além do estabelecido pelo Estado-juiz”.

A própria Lei de Execução Penal traz em seu bojo diversos dispositivos que apontam neste sentido.

O art. 194 prevê que “O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução”. Ora, se a Lei nº 7.210/84 é que rege a execução penal e as situações nela previstas estão sob o crivo do judiciário - estabelecendo-se, portanto, verdadeira relação jurídico-processual - é jurisdicional o processo. Já o art. 2º vaticina: “A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal”.

É incontestável existirem determinadas atividades de natureza administrativa no curso do processo de execução. No entanto, a mera existência daquelas não afasta a natureza jurisdicional deste, assim como a existência de atividades de caráter administrativo não rechaça a natureza jurisdicional do processo de conhecimento (ROIG, 2014, p. 105).

A terceira, e última premissa fundamental para a compreensão do tema é de natureza essencialmente histórica e sociológica, embora também tangencie aspectos filosóficos.

Antes de discorrer a respeito dela, faz-se necessário um alerta: o de que não se pretende

defender a possibilidade de (o juiz) afastar a aplicação de uma norma diante de constatações morais, psicológicas, sociológicas, ou de outros elementos externos ao direito.

Presta-se a permitir observar as razões subjacentes a determinadas normas e posturas judiciais – muitas daquelas sem amparo constitucional; muitas destas sem amparo legal – as quais acabam por erigir obstáculos à concretização de direitos fundamentais. Mas nem todos os argumentos a serem levantados importarão em críticas à ilegalidade. Alguns o serão para melhor compreensão do fenômeno executivo penal como um todo, em uma perspectiva que pretende extravasar a barreira da analítica.

A história da modernidade, narra Bauman (2005, p. 40-41), é repleta da produção de projetos. A partir dela avulta-se o declínio do espaço selvagem, daquilo que está imune à intervenção da cultura. A construção da ordem tomou - ou foi conduzida a - uma posição de primazia na história da civilização.

A prisão é apenas um segmento da ampla cadeia de instituições que permeiam a vida social e que são destinadas a desempenhar papéis específicos na realização dos projetos civilizatórios. A forma como é utilizada como pena tem variações significativas desde que foi alçada à condição de sanção penal por excelência .

Entre os projetos e a concretização dos ideais que os inspiravam, limitações naturais, de “ordem técnica”, econômicas, impediram a plena correspondência do esboço do plano aos edifícios erigidos. A este despeito, é possível identificar os resquícios, o eco ou, por vezes, as formas gerais estabelecidas para a prática de determinados atos no âmbito da instituição prisional, alguns dos quais foram realocados, reconfigurados, rearranjados para desempenharem outras funções, ou mesmo, desempenhando as mesmas, para atingir objetivos distintos dos originais (ou oficiais).

Sem a pretensão de (re)traçar a longa história das prisões, limitamo-nos a expor, nesta etapa, o nascimento e desenvolvimento da instituição prisional como pena precípua, bem como toda a sorte de ideais e relações de poder que a penetra(ra)m e os contextos socioeconômicos que constituíram o pano de fundo sobre o qual se apresenta.

Os precedentes mais próximos das casas de correção remontam à Inglaterra do século XVI, embora na Holanda seu progresso tenha alcançado contornos mais específicos (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, p. 67-68).

Em obra paradigmática, Rusche e Kirchheimer relacionam o desenvolvimento dessas instituições às forças econômicas em movimento na Europa (e, de certo modo, em outras partes do globo). Mais precisamente, à ascensão do capitalismo e das superestruturas correspondentes a esse novo modo de produção. É na Holanda que o capitalismo gozava de maior grau de desenvolvimento ao fim do século XVI; porém, ao contrário da Inglaterra, não havia reserva de força de trabalho: daí

a premência de se aproveitar de toda mão de obra disponível, reinserindo-a na cadeia produtiva (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, p.68).

A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (poorhouse), oficinas de trabalho (workhouse) e instituições penais. Seu objetivo era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiririam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, p.69).

Desde o seu nascedouro, com o Rasphuis de Amsterdã, a prisão guarda relação estreita com o trabalho. A princípio e por muito tempo – esse discurso pode ser encontrado nos mais diversos projetos prisionais brasileiros dos séculos XIX e XX – esperou-se que o cárcere pudesse funcionar como verdadeira fábrica, capaz de ser lucrativa e poder, ao menos, arcar com o seu próprio custo de manutenção.

A história, como bem advertem Melossi e Pavarini (2010, p. 211) foi implacável em amargar essa aspiração: “na prática ela restou, no mais das vezes, frustrada, mal se conseguindo transformá-lo em uma “empresa marginal”.

Outro escopo da produção foi perseguido – ao menos a princípio - com maior êxito: a produção de proletários. O cárcere deveria ser capaz de transformar o criminoso em proletário, impingindo aos reclusos a disciplina da fábrica, de modo que o objeto da produção foram mais os homens do que as mercadorias (MELOSSI e PAVARINI, 2010, p. 211).

Os ecos do discurso “ressocializador” ressoam ainda hoje e foram em boa parte incorporados ao ordenamento jurídico, servindo mesmo de vetor para elaboração de boa parte das normas e regulamentos infralegais afetos à execução criminal. Arrogando-se um pretense ideal humanizador quando da ascensão do Iluminismo e dos ideais reformadores propalados ao longo do século XVIII, logrou tornar esse “‘homem’ descoberto no criminoso” no “alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas – ‘penitenciárias’, ‘criminológicas’” (FOUCAULT, 2014, p. 74). O alvo central dessa reforma foi, em verdade, a concentração do poder, a projeção de uma “nova economia do poder”, mais eficiente, descentralizada, apta a combater com eficiência a criminalidade, houve “um esforço para ajustar os mecanismos de poder que enquadram a existência dos indivíduos”, a busca de uma melhor distribuição, de uma repartição que possibilitasse seu exercício “em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social” (FOUCAULT, 2014, p. 79-80).

O aparato prisional concentrou boa parte dos mecanismos disciplinadores destinados a realizar essa transformação no criminoso. A princípio, talvez, como um ideal realizável; mais tarde, combalido por tantas dificuldades, pela ausência de vontade política, escassez de recursos,

resistência de setores da sociedade – contra o “mal gasto do dinheiro do contribuinte”, o “estímulo à preguiça”, afinal, “os criminosos são alimentados sem nem mesmo trabalhar”, etc –, resistência dos próprios indivíduos, cuja complexa constituição psicológica – “sua alma” – se encontra além das possibilidades de intervenção técnica e científica; questões, em geral, relacionadas à gestão do decadente “Estado Social”, como um discurso vazio e um pretexto para violação de direitos individuais: a prisão passou a ser o destino dos “seres humanos refugados”, de que nos fala Bauman.

Para Wacquant (2011, p. 105-106), uma das funções do sistema carcerário dos Estados Unidos é substituir o gueto como instrumento de encerramento de uma população considerada tanto desviante e perigosa como supérflua no plano econômico e político.

Nesse aspecto, a prisão é apenas a manifestação paroxística da lógica de exclusão da qual o gueto é o instrumento e o produto desde sua origem histórica. Durante o meio século (1915-65) dominado pela economia industrial fordista [...] o gueto faz o papel de “prisão social”, no sentido de manter o ostracismo sistemático da comunidade afro-americana. Desde a crise do gueto, simbolizada pela grande onda das rebeliões urbanas da década de 1960, é a prisão que faz papel de “gueto” ao excluir as frações do (sub)proletariado negro persistentemente marginalizadas pela transição para a economia dual dos serviços e pela política de retirada social e urbana do Estado federal. As duas instituições se acoplam e complementam, no sentido de que cada uma serve, à sua maneira, para assegurar a “colocação à parte” (*segregare*) de uma categoria indesejável, percebida como provocadora de uma dupla ameaça, inseparavelmente física e moral (WACQUANT, 2011, p. 106).

Uma fábrica construída para suprir a escassez de mão de obra e que pretendia promover a transformação do criminoso em proletário, do indivíduo desajustado em socialmente útil, dos seres monstruosos em “corpos dóceis”, para usar a expressão de Foucault; estas duas funções do cárcere, embora tenham traçado as bases das práticas penitenciárias da atualidade, e conquanto ainda nela estejam presentes – ao menos a última – em menor ou maior grau, já não são o fio condutor da consolidação e expansão carcerária. O discurso de prevenção especial figura quando muito nas cartas de boas intenções e normas programáticas despidas de qualquer eficácia social – e, não poucas vezes, jurídica –. A instituição prisional da contemporaneidade já não se arroga com seriedade o poder de reconfigurar o criminoso (salvo raras exceções), mas evoca o dever de segregá-lo, a fim de evitar a continuidade da delinquência, mesmo que temporariamente. É assim atribuída de um escopo econômico, mas já não no sentido a que, um dia, aspirou.

No Brasil do século XIX, o que atraiu as autoridades ao modelo penitenciário não foi exatamente a possibilidade de transformação que prometia, já que os escravos eram vistos como seres bárbaros e subumanos, mas o ideal mais realizável de reforçar os mecanismos de controle e encarceramento já existentes (AGUIRRE, 2009, p. 45). Além disso, os próprios proprietários exerciam um certo poder punitivo sobre os escravos, dispondo de um extenso cardápio que lhes oferecia uma série de opções supliciantes.

Por outro lado, com a libertação paulatina da mão de obra naquele mesmo século e com o concomitante desenvolvimento das penitenciárias, as práticas repressivas foram sendo transferidas para as classes inferiores não-escravas (HOLLOWAY, 2009, p. 278). Complementando este ponto de vista, aduz Albuquerque Neto (2009, p. 76):

[...] a prisão não foi instituída no Brasil para ser uma punição de escravos, mas um mecanismo liberal de controle social e reforma de criminosos que foi adaptado às particularidades e demandas de uma sociedade escravista. Tanto que, no Código Criminal, esta pena não é prevista para o elemento cativo, mas sim para a pessoa livre, pobre ou não, e basta examinar a documentação para se perceber que grande parte da população carcerária era composta de indivíduos livres. Além disso não se acreditava na correção moral do escravo pelo labor penal.

Havia, outrossim, um esforço de modernização, em adaptar as instituições coloniais aos ideais europeus (HOLLOWAY, 2009, p. 278). Buscava-se transparecer uma imagem de preocupação com certa noção de progresso.

Curiosamente, menos de dez anos medeiam o primeiro tratado – assinado em 1826, de acordo com Fausto (1995, p. 192) – e leis que visavam ao fim do tráfico de escravos no Brasil e o início de construção da primeira penitenciária latino-americana, a Casa de Correção do Rio de Janeiro, em 1833. Mas as normas só viriam a ser socialmente eficazes a partir da metade do século, diante da pressão britânica e do recrudescimento da vigilância pela marinha inglesa (COSTA, 1998, p. 82-83). A edificação da Casa de Correção, por seu turno, foi concluída na mesma época, em 1850 (AGUIRRE, 2009, p. 41).

De modo geral, durante o Império, as normas disciplinares foram marcadas pelo:

vigilantismo (panoptismo), pela adoção do critério da condição social do apenado como parâmetro para a distribuição de punições, pela notória discriminação entre presos escravos e presos ‘comuns’ e pela existência de modelos penais ressocializadores e meramente aflitivos, que perseguiram escopos utilitaristas próprios e encarnavam a contradição entre o liberalismo e à escravidão, pulsante à época (ROIG, 2013, p. 36-37).

A Casa de Correção comportava tanto “presos comuns”, a quem era destinado um modelo ressocializante, quanto escravos, a quem não se pretendia aplicar as técnicas da prevenção especial, restando a função retributiva, bem como preventiva especial negativa e preventiva geral positiva e negativa, conservando, ainda, o aspecto supliciante (ROIG, 2013, p. 42-43).

O abandono, no plano da eficácia social, da função preventiva especial pode ser visto nas estatísticas atinentes à disponibilização de trabalho e estudo no cárcere e à superlotação, na omissão dos projetos políticos e nos relatos de abusos dos agentes públicos.

O relatório do Infopen, produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional (2016), mostra que entre o total das pessoas privadas da liberdade no Brasil, apenas 12% estão envolvidas em atividades educacionais (compreendendo as atividades de ensino escolar e atividades educacionais complementares). No Estado de São Paulo, o percentual é de apenas 10%. Quanto ao

trabalho, que um dia foi festejado como verdadeira panaceia da recuperação social, o percentual não é menos constrangedor: 15% dos reclusos têm acesso (no Estado de São Paulo, o percentual é de 13%).

A despeito de não ser o tema central deste trabalho, cumpre salientar as condições salariais a que estão submetidos os encarcerados, de acordo com o relatório em comento: apenas 3% da população prisional recebe mais do que um salário mínimo, e apenas 22% recebe entre três quartos e um salário mínimo. 33% não recebe remuneração, e 41%, menos do que três quartos do salário mínimo. A Lei 7.210/84 traz a inconstitucional previsão, por violação à igualdade e aos direitos sociais, de que ao recluso é garantido três quartos do salário mínimo. Não existe razão para distinção entre o trabalhador-recluso e o trabalhador “comum”. A condição de privação de liberdade não retira a humanidade – e qualquer direito não previsto na sentença e que seja decorrência lógica da condenação – do apenado, tampouco o priva dos direitos sociais constitucionalmente garantidos (art. 7º, inciso IV). Para que fosse juridicamente aceitável, a previsão que traz distinção entre os cidadãos – mormente por tratar-se de direito garantido na Constituição Federal – deveria também ser prevista neste diploma normativo, e não em lei cuja validade dele emana. A norma é objeto de impugnação pela ADPF 336, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Ainda de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, o déficit de vagas do sistema carcerário é de 359.058. Só no Estado de São Paulo é de 108.902 vagas. O total de pessoas privadas da liberdade no país é de 726.275. A taxa de ocupação no âmbito nacional é de 197,8%; no Estado de São Paulo é de 183%.

No que diz respeito aos abusos cometidos pelas autoridades, em especial a prática de tortura, não faltam relatos de ex-reclusos, constantes, inclusive, de obras literárias. O relatório da Pastoral Carcerária Nacional (2016) analisa 105 casos que foram acompanhados por ela. Neste, destaca-se que no âmbito carcerário “apesar de ser notória a subnotificação de ocorrências de tortura e outras violações de direitos [...], milhares de casos são denunciados anualmente, sendo que apenas a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos registrou mais de 7.500 casos entre 2014 e 2015” (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p.76). Os dados fornecidos pelo relatório põem em relevo o fato de que em nenhum dos 105 casos acompanhados houve responsabilização civil, criminal ou administrativa de algum agente público ou do próprio Estado, tampouco foi instaurada qualquer ação de indenização em favor das vítimas (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p.79). E mais: em 20% dos casos, “nenhum procedimento foi instaurado ou informado, o que significa uma ocorrência significativa de negligência ou déficit de transparência por parte das instituições acionadas” (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p. 79).

Apesar de não haver uma linearidade progressiva absoluta entre o modelo de prisão “ideal”

de potencial transformador e sua degeneração em simples instrumento de controle social e espaço de segregação, é possível identificar um abandono paulatino de uma forma em detrimento da outra, em boa parte do mundo contemporâneo.

Wacquant (2007, p. 263-264) associa o advento do *Big government* carcerário nos Estados Unidos ao clima de revanche social e racial ali instalado nos anos setenta, a partir do qual a luta contra o crime serviu de alibi para bloquear a demanda de expansão do Estado providência, havendo, ainda, “um deslocamento para o centro das missões do Estados relativas à manutenção da ordem e ao controle das populações consideradas como deserdadas, desviantes e perigosas”.

Sob a presidência de Reagan, enquanto as desigualdades de casta e de classe novamente se cruzavam, sob o efeito combinado da desindustrialização, da erosão dos sindicatos e da retração do Estado-providência, o encarceramento confirmava seu papel de remédio para todos os males diante da escalada da insegurança social e das “patologias urbanas” que lhe são associadas. “*lock’em up and throw away the key*”: “Tranque-os e jogue a chave fora” tornou-se o *leitmotiv* dos políticos da moda, dos criminólogos da corte e das mídias prontas a explorar o medo do crime violento e a maldição do criminoso (negro), a fim de ampliar os seus mercados. (WACQUANT, 2007, p. 264-265, grifo do autor).

Em lição complementar, Bauman (2005, p. 108-116) associa a nova função precípua da prisão com a crise do Estado Social e com o agravamento dos efeitos do progresso econômico a partir da globalização. O autor aduz que as prisões, como outras instituições sociais, passaram da tarefa de reciclagem para a de depósito de lixo: “Foram realocadas para a linha de frente a fim de resolver a crise que atingiu a indústria da remoção do lixo, em consequência do triunfo global da modernidade e da nova plenitude do planeta” (BAUMAN, 2005, p. 108).

O panorama traçado é suficiente para concluir que, embora a disciplina no campo prisional se sustente em bases teóricas que põem ênfase no aspecto de prevenção especial positiva, com o abandono efetivo desta função é enaltecido o aspecto de controle social e de afirmação de pura afirmação de poder ilegítimo sobre os indivíduos reclusos. Esse exercício afronta a legalidade e a ordem constitucional a que estão sujeitos todos os agentes estatais, desde os carcereiros e diretores até os legisladores e magistrados.

A deterioração dos instrumentos de ressocialização e a afirmação política da nova configuração da relação Estado-indivíduo não têm o condão de revogar as normas, tampouco o de promulgar uma nova Constituição. Daí a exigência de respeito às normas emanadas dos poderes constituídos e aos limites semânticos destas, bem como às construções jurídico-doutrinárias que firmam as bases do sistema de garantias penais.

Em outras palavras, os legisladores têm sua atuação limitada pela Constituição; os julgadores e administradores, por todo o ordenamento jurídico.

Registre-se, por fim, que, a despeito da adoção pela Lei de Execução Penal, de, entre outras, teorias conexas com a recuperação social do indivíduo, esta opção pode importar também

em afronta à constitucionalidade e ao próprio Estado de Direito. No mais, não é pretensão deste trabalho louvar referido ideal: ao contrário, apesar de encará-lo por um viés crítico de cunho abolicionista, reconhece-se fazer parte do arcabouço normativo brasileiro. Nosso escopo precípua é a afirmação dos direitos fundamentais do recluso, de status constitucional, frente as incursões do poder punitivo, quaisquer que sejam os ideais pelos quais se oriente. Em síntese, é contribuir para uma teoria redutora de danos, como preconizam Roig (2014, p. 19-23) e Carvalho (2007, p. 26).

Por conseguinte, nosso compromisso é com a não acentuação das características deteriorantes da prisionização e com a oferta – e não com a imposição – de meios para que os encarcerados possam, se o desejarem, reduzir seu nível de vulnerabilidade (ROIG, 2014, p. 23), pugnando, ainda, pela eficácia das normas constitucionais.

2. APESAR DA CONSTITUIÇÃO: CRÍTICAS PRELIMINARES

De acordo com o art. 49 da Lei 7.210/1984, as faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. As duas primeiras, conforme o citado dispositivo, serão especificadas pela legislação local, bem como as respectivas sanções. Já as faltas graves vêm elencadas no artigo seguinte.

Apesar da clara disposição da Lei no sentido de atribuir à legislação local o dever de prever as condutas e respectivas sanções no que tange às infrações leves e médias, no Estado de São Paulo estas se encontram previstas em ato infralegal: a resolução de nº 144, da Secretaria de Administração Penitenciária (que instituiu o “Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo”). É flagrante a inconstitucionalidade da previsão, em cotejo com o conteúdo do art. 24, I, da Constituição Federal: é competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal legislar sobre direito penitenciário. Com efeito, mesmo que a Lei de Execução Penal permitisse ao administrador a edição de ato infralegal para regular as faltas leves e médias, aquele restaria inviabilizado de o fazer.

Como é sabido e amplamente difundido na doutrina, o ato administrativo não pode criar direito ou obrigação. O ato infralegal – como é o caso da resolução – se presta apenas a detalhar o conteúdo da norma, sem inviabilizar o gozo de direitos e, mais importante, sem jamais inovar no ordenamento jurídico. Trata-se de desdobramento do princípio da legalidade estrita, previsto nos arts. 5º, II, 37, 84, IV e, ainda, da própria separação de poderes (art. 2º). O legislador sequer pode delegar sua função – salvo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição, tal como a da Lei Delegada – sob pena de ferir a separação de poderes.

Em referência ao art. 5º, II, da Constituição Federal, Bandeira de Mello (2011, p. 105-106) afirma:

Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coar a liberdade dos administrados, salvo se *em lei* já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

Ainda que relativizando o princípio da legalidade administrativa, em comparação à abrangência deste no Direito Penal – e embora não trate da Execução Penal, a qual traz a peculiar característica de imprimir sanções a pessoas que não compõem o corpo administrativo, tampouco são vinculados a ela por contrato, como é o caso dos concessionários e permissionários – Osório (2000, p. 206) conclui “não ser possível que o legislador outorgue, de forma total e completa, a competência tipificante à autoridade administrativa, pois assim estaria esvaziando o princípio da legalidade”. À essa conclusão chega tratando das infrações próprias à disciplina administrativa. Com muito mais razão, a ideia deve ser empregada no âmbito executório penal.

Tanto é assim que mesmo em matérias tangentes a outros ramos do direito a doutrina e os tribunais não relutam em afastar a imposição de sanções administrativas oriunda de previsão em ato infralegal. É o que nos mostra a seguinte ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal (RE 100.919):

Obrigações fiscais. Regime especial para seu cumprimento imposto a contribuinte, por ato administrativo. Princípio da legalidade, em matéria tributária. Delegação à autoridade fiscal incabível na espécie. **A imposição de um sistema de sanções administrativas e fiscais, por mero ato administrativo, caso a caso, não se compadece com indispensável segurança que há de ter o contribuinte, no que concerne às suas relações com o Fisco e às obrigações que lhe advém dos tributos. As sanções a serem impostas ao contribuinte faltoso não poderão pender do arbítrio da autoridade fiscal, mas resultar de direta disposição de lei.** Orientação do STF, acerca de sanções a contribuinte faltoso, consubstanciada nas Súmulas 70, 323 e 547. Segurança concedida. Recurso Extraordinário conhecido, por dissídio pretoriano, mas desprovido. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Evidente que a previsão de infração disciplinar de natureza leve ou média cria dever ao apenado, inclusive com a cominação de sanções e efeitos prejudiciais que podem obstar o gozo de direitos. Portanto, não resta dúvida de que a Resolução de nº 144, da SAP, ao menos no que tange à regulamentação das infrações disciplinares leves e médias, é inconstitucional.

Vale salientar que a resolução estipula prazos para “reabilitação do comportamento”, contados a partir do cumprimento da sanção, quais sejam: de três meses para as faltas de natureza leve; de seis meses para as de natureza média; e de doze meses para as de natureza grave (SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, Resolução nº 144, de 29 de junho de 2010, art. 89). Antes desse período, não será atestada a boa conduta do preso, o que pode obstar a concessão da progressão de regime e do livramento condicional.

Já o art. 91 preconiza:

para fins de instrução de pedido de progressão de regime, concessão de livramento condicional, indulto ou comutação de penas, o diretor da unidade prisional deve encaminhar à autoridade judicial competente, à época do pedido do benefício, em formulário padronizado, o Boletim Informativo do preso, com classificação final do comportamento e o registro de todas as etapas e ocorrências que ensejaram a avaliação definitiva.

Parágrafo único - no Boletim Informativo deve constar, obrigatoriamente, o histórico de todas as faltas disciplinares anotadas no prontuário do preso, com a discriminação de data, local dos fatos, descrição e tipificação da falta, sanção disciplinar aplicada ou absolvição, e a respectiva reabilitação administrativa do comportamento (SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, Resolução nº 144, de 29 de junho de 2010)

Alguns juízes insistem até mesmo em exigir bom comportamento quando da análise de pedido de comutação e indulto, o que além de desprezar o princípio da legalidade estrita, conforme desenvolvido neste trabalho, não tem respaldo legal. Consoante se verifica da seguinte ementa, que teve de reformar decisão no sentido apontado (SÃO PAULO, 2015):

Habeas Corpus. Execução Penal. Indeferimento de comutação de pena, com base no Decreto Presidencial de nº 8.172/2013. Decisão embasada no não cumprimento do requisito subjetivo, pois o sentenciado não possuía "bom" comportamento carcerário. Prática de falta média nos 12 meses que antecedem o Decreto não pode ser obstáculo para a concessão do benefício almejado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se pode subordinar o indulto e a comutação a condições não previstas pelo Presidente da República, a quem compete privativamente definir os pressupostos dos benefícios em questão. Inteligência do artigo 84, XII, da Constituição Federal. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida para cassar a decisão e conceder a comutação de 1/5 da pena, referente aos crimes comuns, do paciente.

Além da inconstitucionalidade atinente à previsão das faltas médias e leves em ato infralegal (resolução), também a cominação de prazo de reabilitação de conduta (para qualquer modalidade de infração) não se mostra compatível com o princípio da legalidade. Também nesse caso há limitação de direito não prevista em lei, com consequências que atingem diretamente o direito de liberdade do condenado, o qual pode ter indeferido pedido de progressão de regime ou livramento condicional pela certificação de má conduta.

3 CONTRIBUIÇÃO PARA UMA “TEORIA DA PENA DISCIPLINAR”

Dos argumentos lançados acima, verifica-se, por um lado, certa dificuldade teórica em aplicar bases puramente administrativistas no seio da execução da pena, porquanto a relação entre o apenado e o Estado passa ao largo da semelhança entre a relação hierárquica da estrutura administrativa estatal, ou mesmo deste com o concessionário ou permissionário de serviço público, oriunda de contrato.

Entre as diferenças, podemos apontar as seguintes:

A relação jurídica daquele que está sujeito ao poder disciplinar tradicional é consensual em sua formação. Deveras, tanto o servidor público quanto o contratado pela Administração manifestam sua vontade de aderir à respectiva relação. Nenhum deles é impelido por força de

sentença – um ato jurídico do Estado, imperativo, e que, portanto, independe do consentimento do condenado – a participar da relação jurídica a que aderem.

Enquanto particular, o preso pode fazer tudo o que a lei não proíbe, diferente dos agentes administrativos, sujeitos ao princípio da legalidade estrita. Deriva daí a conclusão de que ele mantém sua liberdade de ação, dentro dos limites da reclusão. Quer-se, com isso, afirmar que a legalidade não pode ser esvaziada em seus dois aspectos; tampouco sua polaridade pode ser invertida. Destarte, não é admissível a previsão de comandos genéricos que sobrevalorizem a vontade do agente penitenciário, ao passo que anulem a liberdade do apenado. E neste ponto devem ser destacados outros aspectos: o recluso mantém todos os direitos não inerentes à perda da liberdade, nos limites fixados na sentença e na lei. Sua liberdade não é completamente aniquilada, seja por impossibilidade fática, seja pela incidência de direitos fundamentais elementares (a vedação a penas cruéis é um deles), seja pela incompatibilidade com o sistema teórico da execução penal no Brasil, que pretende pôr em primeiro plano a recuperação do indivíduo (prevenção especial), o que se deduz da própria adoção do sistema progressivo, entre outras tantas normas constantes da Lei 7.210/1984.

Outra diferença, já algumas vezes aludida neste trabalho, atine às consequências e aos direitos envolvidos: a punição imposta no curso da execução produz efeitos diretos e indiretos sobre a liberdade do recluso. Diretos, como na imposição de restrições maiores (como é o caso do regime disciplinar diferenciado, do isolamento, da suspensão e restrição de direitos, etc); indiretos, como na perda de dias remidos, na inconstitucional previsão de prazo de reabilitação de conduta (pode impedir progressão à regime mais favorável ou livramento condicional), na também inconstitucional interrupção da contagem da pena para fim de progressão de regime.

Essas dessemelhanças implicam na necessidade de uma distinção também teórica que a acompanhe. Roig (2014, p. 199), abordando o tema sob um prisma mais direcionado à teoria do crime, propõe o desenvolvimento de uma “teoria da falta disciplinar”, bem como uma “teoria do tipo disciplinar”. Não há, efetivamente, como aplicar regimes disciplinares semelhantes a atividades tão distintas, que tratam de relações e direitos sobremodo distantes. Os argumentos acima são bastantes para justificar novo tratamento ao tema, de modo a delinear uma teoria apta a fornecer respostas adequadas à Constituição.

A importância de se delimitar os parâmetros das sanções disciplinares decorre fundamentalmente do fato de que estas, em muitos casos, possuem efeitos semelhantes aos da aplicação da própria pena. Perda de dias remidos, eventual interrupção dos prazos para a fruição de direitos, rebaixamento de comportamento (impossibilitando o preso de usufruir dos direitos da execução penal), desclassificação do preso para o exercício de atividade laborativa, vedação de indulto ou comutação por condenação disciplinar nos últimos doze meses de cumprimento de pena, todos esses fatores trazem graves consequências para o *status libertatis* dos indivíduos, não sendo mais possível que esta realidade permaneça

obscrecida e sua teorização alijada dos embates doutrinários e jurisprudenciais (ROIG, 2014, p. 198).

De todo o exposto, em especial no que atine às suas consequências, observa-se que as infrações disciplinares merecem tratamento mais próximo ao conferido à prática de crimes do que ao dedicado às infrações administrativas dos servidores estatais. Esse tratamento é timidamente esboçado pela Lei de Execução Penal, que traz algumas garantias próprias do direito penal, mas pouco trabalhado pela doutrina ortodoxa.

3.1 Legalidade na Execução Penal

Batista (2007, p. 65) afirma que este princípio exprime o estágio mais importante do movimento ocorrido em direção à positividade jurídica e da publicização da reação penal: significava, por um lado, resposta aos abusos do absolutismo; por outro, a afirmação da nova ordem. A norma em comento “garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como espaço exclusivo da coerção penal” (BATISTA, 2007, p. 65).

As fórmulas hodiernamente conhecidas foram desenvolvidas por Feuerbach (FEUERBACH, 1989, p. 63): *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine e nullum crimen sine poena legali*. Não há pena sem lei, não há crime sem pena legal e não há pena sem crime. O princípio vincula Estado e sociedade, como bem explana SCHMIDT (2002, p. 47-48).

Aplicadas tais regras ao Direito Penal, teremos um princípio da legalidade (*lato sensu*) dicotômico, no sentido de que institui poderes e garantias, sendo, portanto, um instrumento vinculador: a) *do Estado*, no sentido de que somente ao Poder Legislativo Federal, mediante lei ordinária federal – e obedecido o devido procedimento legislativo –, é autorizado o poder legiferante em matéria penal (art. 22, inc. I, da CRFB/88, ressalvada a exceção prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo); e somente ao Poder Judiciário – em nível estadual ou federal, de acordo com as suas respectivas competências –, é dada a possibilidade de julgar as infrações penais, segundo os limites do devido processo legal; b) *da sociedade*, visto que se encontra *garantida* contra a possibilidade de existência de uma infração penal sem lei específica que a defina (art. 5º, inc. XXXIX), e, ademais, contra a possibilidade de julgamento por órgão que não seja o competente para tanto (art. 5º inc. XXXVII) e sem a observância do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV)

Algumas das consequências na inevitável aplicação deste princípio de status constitucional à execução penal já foram delineadas acima (ainda que sob um viés administrativista): inconstitucionalidade da previsão de falta média e leve por ato infralegal, bem como da previsão de prazo de reabilitação de conduta. A fórmula “não há crime sem lei” deve ser traduzida, no âmbito executório, para “não há punição disciplinar sem lei”.

Mas o executivo não é o único a agir e se omitir em desconformidade com a ordem jurídica. A prisão marginalizante é terreno prolífico para ilegalidades que tolhem direitos dos encarcerados. Uma construção jurisprudencial é merecedora de particular atenção: a interrupção do lapso temporal para progressão de regime.

Até mesmo fórmulas jurídicas gerais, não exclusivas da seara penal, levariam à conclusão contrária. É de todos conhecido o preceito hermenêutico pelo qual “as normas que restringem direito são interpretadas restritivamente”. Mas o Deus Hermes parece ser seletivo no uso de seus atributos de comunicação e linguagem, e prefere proclamar sua função de guiar as almas ao reino de Hades quando se trata dos seres humanos refugados: em especial, aqueles que não puderam ser absorvidos pelos projetos do progresso econômico.

Não existe qualquer previsão legal de reinício de contagem de prazo para progressão aos reclusos em regime fechado que praticam falta disciplinar de natureza grave. Há, é verdade, a previsão de regressão de regime aos que cumprem pena em regime mais brando, a partir da qual o Supremo Tribunal Federal (bem como o Superior Tribunal de Justiça) defende que a interrupção seria “consequência lógica”, considerando inexistir outro regime mais grave a viabilizar a regressão. Transcreve-se trecho de ementa de Habeas Corpus de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2011, grifo nosso):

2. Orientação predominante no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica a regressão de regime e a necessidade de reinício da contagem do prazo para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena (RHC 85.605, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.2005). 3. **Em tese, se o réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime prisional mais gravoso (regressão prisional), logicamente é do sistema jurídico que o réu que cumpre pena corporal em regime fechado (o mais gravoso) deve ter reiniciada a contagem do prazo de 1/6, levando-se em conta o tempo ainda remanescente de cumprimento da pena.** 4. O cômputo do novo período aquisitivo do direito à progressão de regime, considerando-se o lapso temporal remanescente de pena, terá início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado ou, no caso de fuga do estabelecimento prisional, de sua recaptura. 5. **A recontagem e o novo termo inicial da contagem do prazo para a concessão de benefícios, tal como na progressão de regime, decorrem de interpretação sistemática das regras legais existentes, não havendo violação ao princípio da legalidade.** Precedente: HC 101.915/RS, Min. Ellen Gracie. No mesmo sentido: RHC 85.605/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 95.367/RS de minha relatoria; HC 94.726/RS, Rel. Min. Ayres Britto; HC 94.820/MS, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 94.667/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa. **Registro, desde logo, que não há previsão expressa na lei acerca da aludida interrupção, mas ela é uma consequência lógica, visto que se mostra impossível fazer com que um condenado regrida para um regime mais gravoso do que o fechado.** Desse modo, o reinício da contagem deve levar em consideração o tempo remanescente de cumprimento de pena, devendo a data-base para a contagem do novo período aquisitivo do direito à concessão dos benefícios executórios corresponder à data do cometimento da última infração disciplinar grave. Isso posto, com base no art. 192, caput (com nova redação dada pela Emenda Regimental 30 de 29/5/2009), do RISTF, denego a ordem.

A lógica a orientar o intérprete da norma deve ser uma lógica jurídica. A “lógica” somente acontece em dado sistema a partir de suas próprias regras e princípios, dos quais se pode extraí-la. Se somente a lei pode restringir direitos (em especial o de liberdade), e não há lei prevendo a interrupção de lapso para progressão de regime, então essa restrição inexistente. Não é possível extrair referida norma da previsão de regressão de regime, ainda que se faça um esforço acadêmico,

admitindo-se uma hipotética interpretação extensiva. O art. 118 prevê que “A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave [...]” (BRASIL, 1984). Por maior abrangência que se conceda aos termos da sentença, respeitados os limites semânticos, a hipótese em questão não é contemplada.

Afinal, a partir do giro ontológico-linguístico que inaugura, na pós-modernidade, um novo paradigma filosófico acerca do conhecimento, já não se pode admitir a construção do significado a partir da pura subjetividade, como se não houvessem limites interpretativos. Há um mundo compartilhado de sentido, de modo que os significados não estão à disposição do intérprete. Portanto, não podemos ler “ficará sujeita à interrupção do lapso temporal” ou “ao reinício de contagem do prazo” onde está escrito “ficará sujeita a forma regressiva”.

Tampouco a analogia seria cabível: trata-se de instrumento destinado a preencher eventual lacuna pela aplicação da mesma norma a caso semelhante, no qual predomine as mesmas razões. Ou seja, seria necessário existir a previsão de interrupção temporal de concessão a algum direito semelhante à progressão de regime. E ainda que houvesse, a proibição da analogia *in malam partem* imporá outro óbice.

Roig (2014, p. 325) chama atenção para a contradição entre os entendimentos do próprio Superior Tribunal de Justiça, que chegou a editar a Súmula 441, dispondo que a falta de natureza grave não interrompe o lapso temporal para obtenção de livramento condicional. Nos precedentes que originaram o enunciado, a razão que o fundamenta é justamente a ausência de previsão legal. Curiosamente essa mesma razão não foi considerada quando da edição da Súmula 534 daquele Tribunal. É possível verificar do julgado abaixo colacionado que os argumentos exarados pelos Ministros são de cunho eminentemente político e moral. Evocam “o absurdo” da hipotética progressão de um sentenciado recém recapturado, que entender o contrário seria “estímulo ao cometimento de infrações”, que implicaria tornar “despidas de sanção” as faltas graves cometidas por reclusos em regime fechado. Não há preocupação em aferir qual a norma aplicável ao caso concreto a partir das possibilidades efetivamente fornecidas pelo ordenamento jurídico e desconsidera as construções da ciência jurídica, em especial as regras de hermenêutica. As decisões devem ser orientadas pela busca de uma resposta constitucionalmente adequada: passaria, pois, por aferir o respeito aos direitos individuais expressos que constituem a base e o limite de todo o sistema punitivo e que não podem ser solapados por uma pretensa lógica, que, no mais, é extrajurídica.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS, ENTRE ELES A PROGRESSÃO DE REGIME, EXCETO

LIVRAMENTO CONDICIONAL E COMUTAÇÃO DAS PENAS. PRECEDENTES DO STJ E STF. EMBARGOS PROVIDOS PARA ASSENTAR QUE A PRÁTICA DE FALTA GRAVE REPRESENTA MARCO INTERRUPTIVO PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.

1. O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica a perda integral dos dias remidos pelo trabalho, além de nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, **o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.**

2. Referido entendimento não traduz ofensa aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STF e do STJ.

3. Para reforçar esse posicionamento, foi editada a Súmula Vinculante 09/STF, segundo a qual o disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

4. Entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, **implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado.** De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. **Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento** (DJU 12.05.2006).

5. Embargos providos para assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime prisional. (BRASIL, 2012)

4 CONCLUSÃO

Das diferenças traçadas entre o regime disciplinar tipicamente administrativo e aquele extraído do arcabouço normativo pertinente à execução penal, infere-se a necessidade de tratamento distinto entre ambos. A doutrina jurídica deve voltar os olhos para o desenvolvimento de uma teoria da pena disciplinar que aproxime as garantias dos processos disciplinares ao processo de conhecimento de natureza penal.

Essa construção deve se pautar pelo reconhecimento da normatividade constitucional e pela busca de respostas adequadas à Lei Maior; ser erigida a partir, também, das bases teóricas inauguradas pelo giro ontológico-linguístico, abstraindo-se de posturas solipsistas que sobrevaloram o sujeito. Importa reconhecer a existência de uma comunidade compartilhada de sentido, da qual se deduz não se admitir que a construção do significado se realize a partir do vazio: os limites semânticos devem ser respeitados.

Ademais, a constatação do declínio do ideal ressocializador e da eficácia social das previsões normativas que o regulam não deve servir de alibi à violação de direitos fundamentais no âmbito carcerário; ao contrário, deve impor maior intensidade na busca pela proteção desses direitos, mormente pelos julgadores, aos quais cabe atuar como guardiões da normatividade constitucional.

Considerar a origem da instituição prisional como pena precípua, os ideais que a permeiam, as transformações pelas quais passou ao longo da modernidade e da pós-modernidade permite-nos não só avaliar, por um prisma sociológico, de forma crítica, a própria (des)legitimação deste instrumento punitivo, mas também, levando em conta as regras estatuídas pelo Poder Legislativo Originário e Derivado, exigir que se façam valer os direitos e garantias conferidos aos indivíduos para se protegerem contra o arbítrio estatal.

Por fim, identificamos uma série de normas inconstitucionais atinentes à disciplina na execução penal, que são aplicadas corriqueiramente, o que conduz à uma crise de legitimidade jurídica de exercício do poder punitivo. O judiciário, além de condescendente na aplicação de normas inválidas prejudiciais aos apenados, também apresenta postura proativa na construção de regras – as quais não foram impostas por um poder legítimo (legislativo) – que desrespeitam vários dos fundamentos do Estado de Direito e não se coadunam com a deferência aos limites interpretativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, Carlos. **Cárcere e Sociedade na América Latina**. In: MAIA, Clarissa Nunes; et. al. **História das Prisões no Brasil, Volume I**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

ALBUQUERQUE NETO, Flávia de Sá Cavalcanti de. **Da Cadeia à Casa de Detenção: a Reforma Prisional no Recife em Meados do Século XIX**. In: MAIA, Clarissa Nunes; et. al. **História das Prisões no Brasil, Volume II**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

_____. **Lei nº. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em 02. jun. 2018.

_____. **Lei nº. 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em 05 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC 106797. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 21/02/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000123463&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 03 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 100919 SP. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ: 04/03/1988. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2817946/recurso-extraordinario-re-100919-sp>>. Acesso em 05 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial: EREsp 1176486 SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 01/06/2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271176486%27\)+ou+\(%27ERESP%27+adj+%271176486%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271176486%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%271176486%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em 07 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 441**. A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27441%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27441%27).sub.)> Acesso em 07 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 534**. A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.>> Acesso em 07 jul. 2018.

CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Pena e Garantias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Emília Viotti da; **Da Senzala à Colônia**. 4. ed. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 1998.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça. **Infopen – 2016**. Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em 05 jul. 2018.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

HOLLOWAY, Thomas. **O Calabouço e o Aljube do Rio de Janeiro no Século XIX**. In: MAIA, Clarissa Nunes; et. al. **História das Prisões no Brasil, Volume I**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 1.ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2000.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. **Tortura em Tempos de Encarceramento em Massa**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-tortura>>. Acesso em 05 de jul. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática histórica da Execução Penal no Brasil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Execução Penal: teoria crítica**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y estructura social**. 1. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus: HC 0030997-44.2015.8.26.0000. 1ª Câmara de Direito Criminal. DJ: 01/08/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/215298477/habeas-corpus-hc-309974420158260000-sp-0030997-4420158260000>>. Acesso em 17 jun. 2018.

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. **Resolução nº 144, de 29 de junho de 2010**. Institui o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>>. Acesso em 15 jun. de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e Consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

JUSTIÇA RESTAURATIVA: DESAFIOS E IMPACTOS NA MODERNIDADE INDIVIDUALISTA

Renan Cauê Miranda PUGLIESI¹
Matheus Conde PIRES²

RESUMO

O presente trabalho busca estudar a relação entre a modernidade, seus efeitos e a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa enquanto método de resolução de conflitos mais efetivo. Objetivase, por meio da compreensão dos efeitos da modernidade, se os obstáculos para a aplicação de um modelo de justiça mais humano, inclusivo e, portanto, justo, são intransponíveis ou podem ser superados através da aplicação de modelos restaurativos. Além disso, busca-se verificar se esta aplicação pode trazer algum impacto na sociedade, diante dos efeitos que a modernidade acarreta. Para atingir tal finalidade, faz-se um estudo do mundo moderno globalizado e as consequências das estruturas que se impõem, com a potencialização de seres sociais insociáveis e apáticos ao sofrimento humano, bem como um estudo aprofundado acerca dos benefícios da justiça restaurativa. Para atingir tal finalidade, faz-se uso do método de pesquisa dedutivo, além da técnica de pesquisa bibliográfica indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade moderna. Individualismo. Modelos restaurativos. Novos paradigmas.

ABSTRACT

The present work seeks to study the relationship between modernity, its effects and the possibility of applying restorative justice as the most effective method of conflict resolution. The objective is to understand the effects of modernity if the obstacles to the application of a more humane, inclusive and therefore fair model of justice are incompatible or can be overcome through the application of restorative models. In addition, it seeks to verify if this application can have any impact on society, in the face of the effects of modernity. In order to achieve this aim, a study of the globalized modern world and the consequences of the structures that are imposed, with the empowerment of social beings unsociable and apathetic to human suffering, as well as an in-depth study on the benefits of restorative justice. To achieve this purpose, the use of the deductive research method is used, in addition to the indirect bibliographic research technique.

KEY WORDS: Modern society. Individualism. Restorative methods. New paradigms.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trilhou os caminhos da interdisciplinaridade, pois trouxe uma análise

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2014). Atualmente é mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, cumprindo Estágio em Docência na disciplina de Metodologia do Trabalho Científico II, ministrada para o 5º ano de Direito na UENP.

² Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Profissionalmente atuou como estagiário no Patronato Municipal de Jacarezinho, no Gabinete da Reitora da Universidade Estadual do Norte do Paraná e no escritório de advocacia Saviani. Suas principais pesquisas acadêmicas são voltadas para a área do Políticas Públicas, Criminalidade e Representatividade atuando principalmente na área de segurança pública, métodos de penas alternativas e as relações estabelecidas entre indivíduos e Estado. Atuou como Vice Presidente no ano de 2015, como Presidente no ano de 2016 e como secretário do Diretório Acadêmico Octávio Mazzotti, órgão de representação dos discentes do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

acerca da possibilidade de aplicação da justiça restaurativa enquanto modelo de resolução de conflito a ser implementado, sem perder de vista aspectos de Sociologia, tendo em vista a análise realizada acerca da modernidade. Além disso, há que se destacar que, embora o ponto de partida seja comum às sociedades – pelo menos as ocidentais – como um todo, o trabalho afunila-se para se restringir à análise acerca da viabilidade de aplicação dos modelos restaurativos no Brasil.

A importância e relevância social da temática é patente, uma vez que a forma como as lides são enfrentadas no Brasil nunca levam à plena resolução do conflito; não conduzem ao restabelecimento das partes. Apesar do destaque para o âmbito penal – até mesmo por ser normalmente colocada como alternativa ao modelo retributivo de justiça criminal -, marcado por discursos punitivistas e encarceramento em massa, com todos os estigmas que isso acarreta, os demais ramos do Direito podem se beneficiar com esta forma de realizar justiça, que é mais humana, inclusiva e, conseqüentemente justa. Além disso, a modernidade e o individualismo que a marca apenas acirram as tensões e tornam os conflitos mais complexos, de sorte que se faz necessário a busca de novos paradigmas para a resolução destes.

Assim, a problemática levantada resume-se nos seguintes questionamentos: a justiça restaurativa se afigura como um modelo de resolução de conflito passível de ser aplicados na modernidade? Quais os desafios para tanto e os impactos que sua aplicação pode causar na sociedade?

Nesse ínterim, buscou-se evidenciar que a modernidade traz consigo muitas complexidades, que chegam a ser difíceis de serem compreendidas em sua completude, de sorte que é preciso quebrar com alguns paradigmas se se pretende uma transformação no que tange ao enfrentamento dos conflitos. Além disso, almejou-se compreender a justiça restaurativa como um modelo que, para além da aplicação exclusiva em âmbito penal, pode ser utilizada como um paradigma de resolução dos conflitos em um âmbito mais abrangente, trazendo inúmeros benefícios não apenas para as partes, mas para toda a sociedade.

Para atingir tal finalidade, primeiro, fez-se um estudo acerca da modernidade, que trouxe uma carga interdisciplinar, com esteio principalmente em Bauman e Beck, para entender o individualismo que é marca dos tempos atuais, que possui íntima relação com o medo e gera uma empatia que constitui barreira para a efetiva resolução dos conflitos. Posteriormente, partiu-se para uma análise da justiça restaurativa, seus benefícios e âmbitos de aplicação, trazendo à tona um modelo mais humano e inclusivo de se enfrentar os atritos das relações humanas. Por fim, realizou-se uma análise concatenada dos temas, para trazer respostas aos questionamentos propostos.

Para isso, foi utilizado, como método de pesquisa, o método dedutivo, uma vez que se partiu de um estudo abrangente, com análise mais amplas e generalizadas, além de estabelecimento

de conceitos, elementos constitutivos e características básicas tanto da modernidade, quanto da justiça restaurativa, para o fim de viabilizar uma análise conjunta em um contexto mais restrito.

Além disso, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica indireta para auxiliar na pesquisa e formar a bibliografia base para o fim de trazer algumas respostas para a problemática levantada, algo que se deu através da consulta a doutrinas nacionais e estrangeiras, artigos e demais produções científicas, com destaque para o caráter multidisciplinar do material coletado.

1 MODERNIDADE E SEUS EFEITOS: MEDO, EMPATIA E INDIVIDUALISMO

A complexidade das relações humanas é latente na atualidade, de sorte que cada ato realizado, ou omitido, traz impactos de proporções, por vezes, de difícil delimitação. Mesmo ações tomadas por particulares, longe das vistas do restante do mundo, podem impactar, de alguma forma, toda a sociedade que os cercam.

Atente-se, também, que já no século XIX eram preconizados os efeitos do que hoje intitulam *Modernidade* ou *Pós-Modernidade*, por meio da célebre frase redigida por Marx e Engels (2013, p. 29), na elaboração do *Manifesto Comunista*: “tudo o que é sólido se desmancha no ar”, de sorte a deixar transparecer a crença dos autores numa certa instabilidade da relações sociais.

Referida frase foi posteriormente utilizada por Bauman (2007, p. 7) para ilustrar sua compreensão acerca das novas estruturas sociais, algo que, em verdade, deu gênese a suas elaborações mais relevantes. De fato, a partir do trecho, o pensador chegou à conclusão de houve:

A passagem da fase “sólida” da modernização para a “líquida” – ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamentos aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se esperam que o façam), pois se descompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam.

Assim, surgiu sua formulação acerca da *modernidade líquida*, que levou o autor a estruturar toda uma reflexão acerca da liquidez dos tempos atuais e suas consequências, utilizando-se de seu discurso para tratar do amor, amizade, medo, tempo, tudo o quanto possa ser afetado por essa fluidez que é marca das relações da modernidade.

Ademais, a questão da modernidade não pode ser analisada de forma dissociada da globalização, enquanto fenômeno complexo que traz impactos inimagináveis, uma vez que, ao mesmo passo que não é possível “negar” a globalização enquanto fator de influência – e, quiçá, uma forma de dominação do centro em relação à periferia -, e a partir desse fenômeno e suas imbricações que muitos são negados em sua estrutura (BAUMAN, 1999, p. 8).

Isso implica em um verdadeiro paradoxo, que guarda em si grande dose de perversidade: ao mesmo tempo em que a participação na lógica globalizante é obrigatória e inegável, de sorte que

“o local” praticamente deixa de existir, por uma impossibilidade ontológica – não é mais possível um atuar desvinculado do restante de ações e interações globais, essa mesma ordem global trata de impedir a plena participação, inclusão e poder de decisão de muitos, que passam a ser marginais – não sem auxílio, por óbvio, da lógica de mercado igualmente perversa.

É óbvio que esse panorama traz impactos dos mais variados nas relações humanas, de sorte que, embora se fale na coletividade, o indivíduo começa a transcender ao pensamento do “social”, para assumir a condição de ser que deve ocupar o centro de todas as ações e decisões, algo inoperável, uma vez que isso se dá com cada indivíduo, o que fragiliza e compromete a estabilidade dos laços e relações humanas. Antes de tudo, de se pensar no próximo e em seu bem-estar, visa-se a autopreservação e a autossatisfação enquanto elementos primordiais da existência humana.

Corroborando com a referida visão de crise contemporânea, Ulrich Beck (1997, p. 12) chega a uma concepção semelhante à de Bauman, em sua análise acerca do que chama de *Modernidade Reflexiva*:

Se, no fundo, a modernização simples (ou ortodoxa) significa primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, então a modernização reflexiva significa primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade. Assim, em virtude de seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis de sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com pré-requisitos e as formas contínuas de progresso técnico-econômico. Este novo estágio, em progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que chamo de etapa da modernização reflexiva.

Destarte, nota-se que ambos os autores ressaltam a questão da instabilidade das relações sociais, visto que as instituições da própria sociedade estão em constante mudança fazendo com que os laços entre os indivíduos sejam feitos e desfeitos cotidianamente. Sobre esta questão, Bauman (2001, p.41) destaca dois fatores que fazem da situação contemporânea algo novo e diferente:

A primeira é o colapso gradual e o rápido declínio da antiga ilusão moderna: da crença de que há um fim do caminho em que andamos [...]. A segunda mudança é a desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes. O que costumava ser considerado uma tarefa para razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado (“individualizado”).

Diante do exposto, retorna-se à ideia que foi brevemente exposta acima, no sentido de se vislumbrar no individualismo a característica marcante da sociedade contemporânea. Essa também é a concepção de Bittar (2014, p. 28), que associa uma série de palavras que se relacionam, para ele, diretamente com a modernidade, sendo elas: “ciência; razão, saber; técnica; sujeito; ordem; soberania; controle; unidade; Estado; indústria; centralização; economia; acumulação; negócio; individualismo; liberalismo; universalismo; competição”. Por fim, complementa o autor que:

Esses termos não estão aleatoriamente associados à ideia de moderno, pois nasceram com a modernidade e foram sustentados, em seu nascimento, por ideologias e práticas sociais

nascentes e que se afirmam como uma espécie de sustentáculo dos novos tempos, saudados com muita efusividade pelas gerações ambiciosas pela sensação (hoje tida como ilusória) da liberdade prometida pela modernidade.

Não obstante a isso, entende-se que a modernidade, enquanto estrutura sistêmica, surge como uma quebra de paradigmas que propõe uma sociedade nova – assim, em si mesma, um novo paradigma. Corroborando com tal entendimento, tem-se os ensinamentos de Ulrich Beck (2010, p. 23), que compreende a modernidade como propulsora de uma “mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, do estilo e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas”.

Embora traga inevitáveis e importantes mudanças para a sociedade como um todo, bem como no que diz respeito às relações que a permeiam, a promessa de liberdade, acima mencionada, bem como todas as demais promessas em termos de concretização de direitos fundamentais não se concretizaram. Nesse sentido, a contemporaneidade traz efeitos contundentes e fomenta uma reestruturação das relações sociais, mas sob os auspícios relações sociais baseadas no individualismo.

Paralelamente a esta questão, tem-se a “perda de seguranças tradicionais” (BECK, 2010, p. 190), que fazem com que o indivíduo se torne inseguro diante da sociedade. É neste cenário, que, para Bauman (2009, p. 13):

O mimado e paparicado “nós” sente-se inseguro, ameaçado e amedrontado, mais inclinado ao pânico e mais interessado em qualquer coisa que tenha a ver com tranquilidade e segurança que os integrantes da maior parte da sociedade que conhecemos.

Nesse sentido, o indivíduo, suficiente em si mesmo, tenta viver a vida calculada, baseada na continuidade entre o agora e o depois, almejando a segurança e a confiança de pode prever o que a vida lhes reserva. A partir do momento que os obstáculos entre o agora e o depois se tornam próximos, passa-se a tentar evitar os perigos, ou apenas lidar com aqueles que são calculáveis, em que se faz um certo juízo de probabilidade como subterfúgio na busca por certa segurança em atitudes arriscadas (BAUMAN, 2008, p. 17-19); quase que se perceber, passa-se a viver em função do medo – ou *medo líquido*, conforme Bauman intitula sua obra.

O medo, das mais variadas origens e fundamentos, leva a uma busca incessante por segurança, há uma dialogia entre a insegurança e a busca por uma “âncora”, algo que é encontrado, em tese, nos discursos daqueles que se aproveitam da situação – notadamente, na classe política -, em que todos os perigos que estão à espreita, às portas do país e das casas de cada um, encontrarão o devido enfrentamento através das medidas políticas adotadas, algo que se verifica, com muita clareza, na questão dos refugiados e de todas as questões quanto a eles levantadas (BAUMAN, 2017, *passim*).

Aliás, a metáfora da âncora trazida por Bauman, acima mencionada, simboliza exatamente o atual estado de coisas vivenciado: busca-se, num mar de incertezas, algo que traga firmeza, a sensação de não mais estar ao relento das ondas em direção ao mar aberto, desconhecido. Ainda que não se saiba onde, exatamente, o barco está parado, se essa firmeza é duradoura ou apenas ilusória, vive-se um estágio em que tal situação é melhor que as incertezas, em que o risco pode ser mais facilmente calculado na âncora alçada pelo discurso e ações governamentais, que na ausência deste e à mercê de um aparente acaso político e social.

Vivencia-se de perto tal situação no Brasil, principalmente nos discursos que trilham a lógica do recrudescimento penal, em que a realidade fática é apropriada e distorcida pelos detentores de poder, de sorte que, cada vez mais, seja através da mídia, ou da própria classe políticas, são transmitidas as notícias acerca da impunidade, da insegurança, da onda de crimes e violência que assolam a sociedade brasileira, levando a população a um desespero comedido, ao medo latente, de forma que terminam por adotar falas pautadas no preconceito e na busca por medidas e punições mais severas.

É a partir desta perspectiva que deve advir a análise, de sorte que os indivíduos, preocupados com seus próprios interesses pessoais e de se protegerem de um mundo que parece estar à espreita para violentá-los, naturalmente tendem a simplesmente ignorar o outro em sua busca por segurança e garantia de direitos. Cria-se um verdadeiro ambiente de competição e adversarial, de sorte que a empatia se transforma em um conceito vazio.

Não obstante, a vida em sociedade traz consigo, de forma inevitável, o conflito de interesses, pretensões e direitos, ainda mais quando se está a falar em seres que, embora “sociais”, são extremamente individualista – para não dizer egoístas. Uma vez que os bens são escassos e os desejos infinitos, alimentados estes pela lógica consumista que embasa o capitalismo, com a conseqüente e crescente desigualdade social que lhe é peculiar, há de se esperar que cada vez mais conflitos venham a existir, de sorte que o Judiciário tenha papel ainda mais importante com o passar do tempo.

De fato, “A simultaneidade de individualização, institucionalização e padronização ainda não é o suficiente para dar conta das situações individuais produzidas” (BECK, 2010, p. 193). Aliás, muito pelo contrário. Ainda que haja um padronização trilhando no sentido de uma consciência social uníssona no sentido de supervalorização do indivíduo enquanto tal, esse fato, *de per se*, não apenas não é suficiente para gerar estabilidade social, como potencializa determinadas condutas que darão origem a conflitos, pois distancia as pessoas de qualquer reflexão altruísta – em seu sentido genuíno, de preocupar-se com o próximo, reconhecer o outro enquanto tal.

Deste modo, o Estado precisa atrair para si a responsabilidade de resolver os conflitos,

substituindo às partes – um dos elementos primordiais da jurisdição -, com o fito de dar equilíbrio às relações sociais, fazendo-o da forma mais justa e imparcial possível. Afinal, no esteio de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2016, p. 57-76), um dos principais motivos para a existência da jurisdição consiste justamente na possibilidade de ofertar às partes envolvidas em um litígio solução razoavelmente justa para ambas, com o respeito a um procedimento específico e princípios essenciais aptos a garantir que nenhum outro direito seja violado (devido processo legal, contraditório, juiz natural, dentre outros); almeja-se, assim, a melhor forma de se resolver a lide existente, buscando, em última instância, a pacificação social.

Entretanto, a atuação do Estado-juiz não é a única forma de resolução de conflitos, embora seja esse o pensamento que impera na cultura jurídica e social brasileira. De fato, os métodos autocompositivos, como a mediação e a conciliação, são aptos trazerem melhor resultados em termos de resolução da lide, não simplesmente enquanto desfecho para o caso ou processo, mas como forma de findar com o conflito de forma satisfatória e efetiva, de sorte que as parte possam prosseguir com suas vidas sem a sombra das conturbações da lide.

É nesse contexto que surge a *justiça restaurativa*, que deve ser estudada em seus caracteres antes que se prossiga com os desafios para a sua aplicação na modernidade, bem como a importância que pode ter para a alteração da realidade que se impõe.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA: CARACTERÍSTICAS E BENEFÍCIOS

Após muito tempos, começou-se a se buscar formas de resolução de conflitos que não tangenciassem, necessariamente, a participação do Estado enquanto aquele que proferirá uma decisão a se impor para as partes, tanto no âmbito da relações cíveis, quanto naquele das lides penais – até mesmo diante da falência do modelo de justiça retributivo.

É nesse sentido que a justiça restaurativa surge enquanto novo paradigma de construção de justiça. Enquanto novo ideal a ser seguido, o modelo restaurativo surge como “luz no fim do túnel da angústia de nosso tempo, tanto diante da ineficácia do sistema de justiça criminal como a ameaça de modelos de desconstrução dos direitos humanos, como a tolerância zero e representa, também, a renovação da esperança”.

Antes de mais nada, é preciso compreender esse sopro de esperança enquanto novo paradigma de justiça. Nesse sentido, há que se notar que definir justiça restaurativa é tarefa das mais difíceis, até mesmo porque, conforme lembra Lara (2013, p. 28), tem-se um conceito em constante construção, pois, ao ser aplicada, embora haja sempre o respeito aos princípios e caracteres próprios, acabará por refletir a realidade social que se apresenta, de sorte que assumirá contornos particulares em cada localidade e ordenamento jurídico; tem-se um modelo de justiça que absorverá

elementos da cultura local e se moldará a estes, possibilitando uma mais efetiva aplicação.

Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça, atentando-se para a importância da adoção pelo Brasil de um modelo de justiça mais respeitoso aos direitos humanos e mais inclusivo, se propôs à árdua tarefa de definir a justiça restaurativa, pelo menos para que tenha certa unidade de entendimento no território nacional e não acabe se desvirtuando em seus elementos mais essenciais. Diante disso, a Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, assim previu:

Art. 1º A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado [...].

Além disso, em seu incisos, trouxe outros elementos essenciais, como necessária participação da vítima, ofensor, seus familiares e comunidade (I), bem como a necessária inclusão de facilitadores que conduzirão os encontros restaurativos (II) e, além disso, a necessidade de se lograr a reparação dos danos vivenciados pela vítima (III). Percebe-se, dessa forma, que já no primeiro artigo da resolução, o CNJ se propôs a tentar articular todos os principais elementos a serem concretizados quando se propõe a aplicação da justiça restaurativa.

Em apertada síntese, a proposta restaurativa é incluir os envolvidos em um conflito num encontro, consensual, para que possam expor tudo o quanto acharem necessário para a sua restauração, ou seja, não apenas a reparação do dano, mas o restabelecimento psicológico e emocional, algo que se dará mediante a condução e instrução de um facilitador e com a participação de familiares e comunidade.

Visa-se, assim, algo além da punição e do exercício estatal de seu *imperium*, algo que se dá, enquanto proposta de imparcialidade, com certo distanciamento do conflito e à margem de todos os elementos humanos que o cercam, de sorte que as questões psicológicas passam a ser imprescindíveis, tendo em vista que o que se pretende é a restauração (RODRIGUES FILHO, 2017, p. 103-110).

Christian Hernández Alarcón (2017, p. 534) fala em três dimensões englobadas pela justiça restaurativa, cada uma relacionada a um ator diferente: responsabilidade, restauração e reintegração. Na seara da responsabilidade, o ator consiste no ofensor, que assume livremente a responsabilidade por seus atos e por todo o mal causado; neste modelo, tem-se a figura da vítima, que deve, ao máximo, ser restaurada, buscando-se a reparação dos danos causados; por último, tem-se a participação da comunidade que, envolvida no processo restaurativo, busca a reintegração do ofensor, restabelecendo-se os laços e os vínculos com os demais membros do ciclo social.

Nesse sentido, a justiça restaurativa inclui todos os atores que, de forma direta ou indireta,

sofra algum impacto com o cometimento de um crime: de início, a vítima, que comumente se sente negligenciada ou até mesmo agredida pelo processo penal, passa a participar efetivamente do processo. Afasta-se, com isso, a definição de crime enquanto mera violação da lei, ou ato cometido contra o Estado, para que se vislumbre um ato contra a vítima e todos os efeitos que daí se originam (ZEHR, 2012, p. 24-25). De outra sorte, possibilita que haja sua participação na busca pela reparação do dano e restauração no que tange a aspectos psicológico e emocionais que foram impactados pelo evento criminoso.

De outro lado, tem-se um claro benefício ao ofensor, pois a justiça restaurativa possibilita ao infrator o contato com a vítima, o que viabiliza conscientização do dano que causou, a sensibilização quanto a esta, com a consequente assunção de responsabilidade de seus atos, notadamente através da reparação dos danos ocasionado (CHÁVEZ, 2016, p. 57), de sorte que, além disso, viabiliza uma oportunidade de recomeço para o infrator. Afinal, nunca se deve esquecer que por traz de toda ação humana, há histórias e vivências a serem exploradas, algo que pode ser trazido à tona durante o encontro restaurativo, para que vítima e demais membros da sociedade conheçam a pessoa por detrás do criminoso (PUGLIESI, 2017, p. 237). Há um processo de descoberta – e possível redescoberta e autoconhecimento pelo ofensor – que viabiliza novos começos.

Quanto à participação da comunidade, é preciso notar que:

[...] nada melhor que a comunidade para acolher aqueles que foram afetados pelo crime e sofrem com os estigmas impostos pelos membros da sociedade, tornando-se importante componente de transição entre a sensação de exclusão e isolamento causada pelo crime e o retorno ao convívio social, algo que, por sinal, interessa à própria comunidade (PUGLIESI, 2017, p. 238).

Isso é claro, porque os membros da comunidade também possuem necessidades oriundas do evento criminoso, além de possuir responsabilidade e papéis a assumir com todos aqueles envolvidos no episódio, inclusive com os demais membros, que sofrem indiretamente os efeitos do cometimento do crime (ZEHR, 2012, p. 28). Afinal, cabe à comunidade superar estigmas e preconceitos, acolhendo os envolvidos no evento danoso, de forma a possibilitar sua plena reinserção social.

Entendidos todos os benefícios, é preciso, ainda, ressaltar que, embora os modelos restaurativos tenham começado num esforço para lidar com assaltos e demais crimes de caráter patrimonial, atualmente também estão sendo usados, em certas comunidades, para modalidades mais violentas de crime, que tem como bem jurídico a integridade física e a vida, como em casos de morte por embriaguez ao volante, agressão, homicídio e estupro (ZEHR, 2012, p. 14).

A propósito, Kay Pranis (2010, p. 32) expõe que os Círculos de Construção de Paz são

utilizados mais comumente para: dar apoio e assistência a vítimas de crimes; sentenciar menores e adultos infratores; reintegrar egressos do sistema prisional; dar apoio e monitorar ofensores crônicos em liberdade condicional.

Além do mais, não obstante uma aplicação de destaque e ímpar relevância no Direito Penal – inclusive como alternativa ou complementação ao modelo retributivo -, em verdade, a sua aplicação não fica restrita a este ramo do Direito. Assim, Howard Zehr (2012, p. 14) que a abordagem restaurativa tem ultrapassado o âmbito da justiça criminal, chegando a escolas, locais de trabalho e instituições religiosas. Inclusive, muitos defendem a ideia de que tais práticas podem ser usadas para trabalhar e resolver os conflitos em geral.

Nesse sentido, Pranis (2010, p. 31) ensina que os círculos restaurativos – modelo ou técnica restaurativa específica - têm se mostrado de grande servia para: dar apoio a famílias acusadas de negligência ou maus tratos a crianças e, ao mesmo tempo, garantir a segurança destas; desenvolver novos programas em agências governamentais; lidar com discriminação, assédio e conflitos interpessoais no local de trabalho; tratar de desentendimento entre vizinhos; chorar as perdas de uma família ou comunidade, dentre muitas outras.

É nesse sentido, inclusive, que Mullet e Amstutz (2012, p. 28) falam em uma *disciplina restaurativa* para as escolas, como método para criar um ambiente escolar pautado na solidariedade e na compreensão do mau comportamento, de sorte que se dê atenção a eventuais vítimas, bem como presta suporte para aquele com mau comportamento possa assumir seus atos, buscando a redenção e a reinserção na comunidade escolar.

Além disso, a aplicação em casos de Direito de Família, diante da carga emotiva que envolvem e por todas as questões complexas que a se referem. Ademais, alguns autores começam a defender a aplicação em casos de violência doméstica, não apenas com enfoque na questão criminal, mas das relações familiares e de afeto. De fato, lembram Costa, Pugliesi e Cachichi (2017, p. 181):

A intimidade da vida doméstica, em família ou em relações de afeto, cria barreiras em duas vias: impede que as pessoas de fora da relação sobre ela se manifestem, oferecendo um ponto de vista diferenciado e neutro sobre as situações concretas, e faz com que os sujeitos da relação permaneçam alheios a terceiros, não contando a ninguém acerca do que ocorre no mais íntimo de suas vidas. Isso cria uma ambiente propício para que a violência se faça presente e ninguém saiba. Além disso, a carga sentimental envolvida é muito maior, em razão de tudo o que circunda um relacionamento: paixões, promessas, projeções para o futuro; filhos e demais familiares; imagem que a sociedade tem acerca do casal etc. Por vezes, há toda uma história por trás da relação, a que as partes são apegadas e não querem simplesmente deixar para trás.

Nesse sentido, é possível verificar que a justiça restaurativa pode ser aplicada mesmo em conflitos mais complicados, que envolvem uma carga emocional muito grande e densa, de sorte que, ainda assim – e com mais razão -, traz inúmeros benefícios às partes e à comunidade, que

passam a ter papel ativo na resolução da lide, não mais ficando às margens do processo.

Não obstante a isso, carece de análise mais detida o ponto nevrálgico desta pesquisa, para que se verifique se seria possível a aplicação da justiça restaurativa, de forma efetiva e ampla, diante das características da sociedade moderna, bem como quais seriam os desafios e as consequências dessa aplicação, pontos a serem a seguir analisados.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA SOCIEDADE MODERNA: DESAFIOS PARA A MUDANÇA

A modernidade – como antes mencionado – tem sido marcada por relações interpessoais das mais complexas, ao mesmo passo que é assinalada por uma prevalência do individualismo. Tais fatos são consequências de diversos fatores atinentes ao próprio desenvolvimento social em todo o globo, com destaque para o capitalismo, a globalização e alguns eventos pontuais que, não obstante consequência da lógica de mercado global, acabam sendo explorados por aqueles que detêm o poder, ou sendo interpretados de forma errônea por parte da população – como é o exemplo da questão dos refugiados.

Esse panorama traz inúmero reflexos no que diz respeito a conflitos e às formas adotadas para a sua resolução. Nesse sentido, dentre as barreiras encontradas para uma aplicação efetiva de métodos alternativos de resolução de conflitos, mais propriamente, a justiça restaurativa, encontra-se a forma individualista e marcada por ausência de empatia que compõe a mentalidade dos membros sociais, notadamente os brasileiros.

Assim, não fossem alguns discursos, não retornariam constantemente aos holofotes, com força expressiva, a exemplo do pedido pela redução da maioria penal, pela aplicação da pena de morte apesar da vedação constitucional enquanto cláusula pétreia, bem como a adoção do *slogan* “bandido bom é bandido morto”, crença de cerca de 57% da população brasileira, segundo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (LIMA; BUENO, 2016, p. 6).

Vale o destaque de que a instabilidade inerente da sociedade moderna gera uma certa imprevisibilidade, riscos incalculáveis na sociedade moderna, que permanecem invisíveis e por vezes, quando se concretizam, com consequências irreversíveis (BECK, 2010, p. 27). Destarte, é natural que, diante de uma instabilidade e de riscos incomensuráveis, o indivíduo comece a desenvolver maquinações hostis diante do próximo (BAUMAN, 2009, p.15).

A justiça restaurativa surge como reflexão para justamente trazer perspectivas mais humanitárias e que divergem francamente com tais discursos. Busca-se a efetiva inclusão do cidadão enquanto peça importante para a resolução do conflito, que parta justamente do reconhecimento do outro enquanto um ser humano com sentimentos e vivências que não podem ser

olvidados; tem-se um exercício de se colocar no lugar da outra parte e de todos aqueles que, de alguma forma, vivenciaram a experiência do crime, para que haja compreensão e um processo de redescoberta, a partir da empatia e da solidariedade.

Nesse sentido, tem-se um modelo de justiça que visa confrontar a lógica do individualismo que impera na sociedade moderna, algo que pode ser inferido a partir das lições de Amstutz e Mullet (2012, p. 28):

A Justiça Restaurativa promove valores e princípios que utilizam abordagens inclusivas e solidárias para a convivência. Essas abordagens legitimam as experiências e necessidades de todos da comunidade, especialmente daqueles que foram marginalizados, oprimidos, ou vítimas de violência. Essas abordagens nos permitem agir e reagir de forma a restabelecer o outro, ao invés de alienar e coibi-lo.

A propósito, Kay Pranis (2010, p. 28) leciona que o caminho para a restauração é alcançado através de histórias pessoais; conselhos não são tão valiosos quanto a própria experiência vivida. Assim, os integrantes partilham entre si experiências pessoais de luta e conquista, de alegria e dor, de vulnerabilidade e força, a fim de que os ouvintes formulem novas maneiras de compreender as questões apresentadas. Isso porque, quando alguém conta uma história, acaba mobilizando aqueles a sua volta em nível emocional, físico, mental e espiritual, fazendo com que absorvam as histórias de formas diferentes, mais eficazes do que se estivessem simplesmente ouvindo conselhos.

Nesse sentido, a aplicação da justiça restaurativa depende do envolvimento das partes com o processo e com a parte oposta; depende de uma compreensão muito e também de si mesmos enquanto seres humanos. Não se pode olvidar que esta é uma barreira que a modernidade impõe que é difícil de ser superada, mas que, ainda assim, deve ser enfrentada.

Quando se fala na vítima, as lições de Zehr (2012, p. 25) são primordiais:

Um elemento importante no processo de recuperação ou superação da vivência do crime é a oportunidade de narrar o acontecido. De fato, na maioria dos casos é importante que a vítima recontar sua história várias vezes. Há bons motivos terapêuticos para tanto. Parte do trauma acarretado pelo crime advém da forma como ele perturba nossa visão sobre nós mesmos e o mundo, nossa história de vida. Transcender essa vivência implica em “recontar” nossa vida, narrando a história em contextos significativos, muitas vezes em situações onde receberá reconhecimento público. Com frequência é importante para a vítima contar a história àqueles que causaram o dano, fazendo-os entender o impacto de suas ações.

Desse destaque, compreende-se que, para que a vítima possa recontar sua história, na tentativa de compreensão do ocorrido, é preciso que tenha quem a ouça, quantas vezes for necessário, de forma que a história comece a ganhar um significado enquanto possibilidade de um recomeço. Não obstante, Zehr (2008, p. 22-23) trouxe as dificuldade enfrentadas pela vítima enquanto tal, uma vez que, nesse processo de recontar histórias, família e amigos se cansam de ouvi-las, aconselham a vítima para que simplesmente “siga em frente” e, pior, sugerem que, de

alguma forma, a vítima foi culpada pelo ocorrido, algo que se dá como forma de autodefesa, uma vez que, se a culpa está em algum ato da vítima, basta não repeti-lo e, assim, não há o que temer.

Além disso, há o destaque para a questão do abalo que o evento criminoso traz à vida das pessoas, num geral. Nesse sentido, é preciso realizar um retorno aos pensamentos de Bauman (2008, p. 13-15), segundo o qual, na sociedade líquido-moderna, embora as coisas sejam fluidas e passageiras, algo que se dá, também, com o medo ligado a situações específicas, não é menos verdade que esta se ocupa a tornar a vida com o medo algo tolerável, afinal, na atualidade, “a luta contra os medos se tornou tarefa para a vida inteira, enquanto os perigos que os deflagram – ainda que nenhum deles seja percebido como *inadministrável* – passaram a ser considerados companhias permanentes e *indissociáveis* da vida humana”.

Acerca do medo, Bauman (2008, p. 8) ainda expõe:

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. “Medo” é o nome que damos a nossa *incerteza*: nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser *feito* – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance.

Reafirma-se, assim, o que já foi dito: o medo é uma das marcas da sociedade moderna. Contudo, este é potencializado quando há algo que viola o ser humano, sua noção de vida e empoderamento de forma tão drástica como se dá com a ocorrência do crime. O ato delituoso, ainda que não seja de tamanha gravidade que afete a vítima em sua integridade física, causa impactos psicológicos de difícil delimitação.

Acerca desta temática, Howard Zehr (2008, p. 21) traz passagem que bem representa o que se pretende evidenciar, ao mencionar tratar como seriam os efeitos do crime para a vítima:

Ela sempre lutará com o medo e com a sensação de vulnerabilidade e impotência. Alguém assumiu o controle deixando-a impotente e vulnerável e será difícil reconquistar a confiança de sentir-se segura e no controle da situação. Junto com essa luta interior ela estará tentando recobrar a confiança nos outros, no mundo. Ela e seu mundo foram violados por alguém, e a sensação de estar à vontade com as pessoas, com sua casa, sua vizinhança e com seu mundo será difícil de resgatar.

Percebe-se que o medo se potencializa, assim como a ausência de confiança perante o restante da sociedade, de sorte que a incerteza se torna parte elementar da vida, esta que, como traz Bauman, é fonte dos medos e, por consequência, de certo isolamento. Assim, forma-se um ciclo pernicioso que une medo e isolamento, que potencializa alguns efeitos da sociedade moderna, algo que a justiça restaurativa visa superar.

Quando se trata do ofensor, a questão trilha os mesmos rumos, com algumas peculiaridades. Retomando-se as ideias do primeiro capítulo em relação à manipulação popular através das inseguranças, a atualidade, notadamente na sociedade brasileira, é marcada pelo

preconceito e construção de estereótipos e estigmas; vê-se cada infração à lei como algo inadmissível, e logo se rotula o ofensor como “criminoso”, condenando-o a um estigma insensível à vedação de penas perpétuas.

As barreiras para com o próximo se tornam ainda maiores e intransponíveis, de sorte que o reconhecimento do ofensor enquanto ser humano detentor de direitos passa a ser um discurso idealista, uma vez que a realidade evidencia uma população que clama por punição e prisão, em cárceres dos mais inabitáveis e insalubres possíveis. Evidencia que o medo da criminalidade, tão habilmente utilizado pelos detentores do poder a seu favor, constitui um dos maiores obstáculos à justiça restaurativa enquanto proposta de modelo de resolução de conflitos mais justo, humano e inclusivo.

Por seu turno, o ofensor, diante do cenário que se apresenta, não deixa de trabalhar com suas formulações:

Para cometer ofensas e conviver com seu comportamento, os ofensores frequentemente constroem racionalizações bastante elaboradas para os atos que cometeram, e a prisão lhes oferece tempo e incentivo de sobra para tanto. Eles acabam acreditando que o que fizeram não é tão grave assim, que a vítima "mereceu", que todos estão fazendo a mesma coisa, que o seguro pagará pelos danos. Encontram maneiras de colocar a culpa em outras pessoas e situações. Também adotam estereótipos sobre as vítimas de fato, e sobre vítimas em potencial. Inconscientemente, ou talvez conscientemente, procuram isolar-se das vítimas. Alguns assaltantes chegam a relatar que, ao entrar numa casa, viram os retratos para a parede a fim de não pensar em suas vítimas. Nenhuma etapa do nosso processo judicial questiona essas atribuições equivocadas. Pelo contrário. O processo em geral fomenta racionalizações e fortalece os estereótipos. A natureza adversarial do processo tende a sedimentar os estereótipos sobre as vítimas e sobre a sociedade [...]. Por sua vez, isto os incentiva a olhar para sua própria condição ao invés de ver a condição da vítima. No mínimo, e por causa da complexidade e foco no ofensor do processo criminal, eles se veem totalmente envolvidos com sua própria situação jurídica. (ZEHR, 2008, p. 40-41).

O encontro restaurativo em muito pode auxiliar na desconstrução dessas elaborações do ofensor, principalmente através da confrontação e do contato deste com os danos causados e as consequências humanas de seus atos. Suas noções são falseadas, abrindo margem para que vislumbre, com mais clareza a realidade e sofrimento por trás do crime, de sorte que possa se arrepender, sentir empatia pela situação de sofrimento que causou.

Embora os discursos ganhem força no plano dos conflitos que envolvem o cometimento do crime, não há relação necessária entre eles. Os modelos restaurativos possuem os mesmos desafios em outras áreas, seja na apuração do ato infracional, em que a problemática se assemelha, em grande parte, àquela do delito, mas em relação aos conflitos familiares, em que questões pessoais de extrema delicadeza são trazidas à tona, com sentimentos poderosos em jogo e muitas perspectivas e realidades se confrontam, de sorte que o encontro restaurativo contribui para a desconstrução de elaborações egocêntricas e distorcidas, para o fim de restaurar os laços antes existentes, ou, ao menos, possibilitar a resolução pacífica do conflito com fins a novos começos.

A justiça restaurativa vem justamente para realizar o encontro entre as partes envolvida no conflito, sob olhar e participação da comunidade, visando, em um primeiro plano, a restauração dos envolvidos e afetados pela lide. De forma indireta, contudo, busca-se a superação de estereótipos, estigmas e preconceitos, de sorte que se verifique um verdadeiro potencial transformador da realidade na sua aplicação.

Isso é claro, pois o encontro restaurativo, ao promover a inclusão e participação de todos os envolvidos no conflito, trazendo noções de solidariedade e empatia, encaminha a sociedade para a superação de determinados paradigmas, dentre os quais o individualismo, o medo, a ausência de empatia, todos característico da sociedade moderna.

Assim, embora esta tenha por elementos essenciais alguns pressupostos que dificultam a aplicação efetiva da justiça restaurativa nos mais diferentes ambiente e espécies de conflitos, enquanto verdadeiras barreiras sociais que se levantam a partir do preconceito, estigma e, principalmente, um individualismo exacerbado que é insensível ao sofrimento e aos sentimentos do próximo, é a partir da superação desses entraves, com sua efetiva aplicação, que se vislumbra um potencial transformador da realidade social; tem-se em destaque uma força impulsionadora apta a proporcionar a restauração da relações humanas num âmbito que transcende os conflitos, na construção de uma sociedade moderna calcada na solidariedade e no pleno reconhecimento de todo ser humano enquanto tal.

CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, buscou-se analisar a sociedade contemporânea e os efeitos trazidos pela modernidade nas relações sociais. Neste ínterim, destaca-se, como uma característica marcante do período mencionado o *individualismo social*, no qual os indivíduos se apresentam – quase paradoxalmente – como seres sociais insociáveis.

Destarte, é possível a compreensão de que diversos litígios sociais são gerados por este distanciamento entre os indivíduos, que devido à falta de empatia e a liquidez dos laços interpessoais, de sorte que os membros da sociedade se torna insensíveis à individualidade do outro, tampouco ao papel que o este exerce na sociedade; tem-se uma falta de compreensão acerca do importante papel que cada indivíduo exerce enquanto membro da sociedade, de sorte que isso leva o indivíduo a se colocar como único ponto de importância ante o universo que o cerca.

Além disso, é possível destacar uma relação intrínseca entre modernidade, individualismo e o medo. A sociedade da atualidade é marcada, antes de tudo, por incertezas e riscos que, por vezes, não podem ser mensurados, algo que leva o indivíduo não apenas a se fechar quanto ao restante da sociedade, como implica em certa manipulação por detentores do poder, ou formulações

calcadas no medo que trilharam os caminhos do preconceito, do estigma e do discurso de ódio, de sorte que, entre outros efeitos, a empatia para com a situação do próximo seja quase inexistente.

Diante deste cenário exposto, o presente trabalho se preocupou em trazer ao foco da problemática a forma com que o Direito lida com os conflitos que são inerentes à vida em sociedade, ainda mais diante da complexidade do mundo moderno globalizado, de sorte que, antes às características e consequências da modernidade que foram apresentadas, foi possível concluir pela necessidade de se buscar modelos alternativos de solução de conflito.

Outrossim, a justiça restaurativa veio à tona como instrumento adequado para proporcionar a minimização dos efeitos característicos da sociedade moderna e solucionar lides de forma mais humana, inclusiva e justa, afastando as partes dos estigmas e preconceitos que imperam na atualidade, para que possam restaurar laços sociais e se restabelecerem, material e psicologicamente, enquanto seres humanos carentes de um tratamento digno.

Desta senda, os modelos restaurativos possuem características amplamente voltadas para a inclusão das partes envolvidas no litígio no processo para a sua resolução, viabilizando o diálogo e o tratamento da lide enquanto algo que traz impactos à vida de todos os envolvidos e, ainda que indiretamente, à sociedade, de sorte que os benefícios de sua aplicação, conforme exposto, são claros, não apenas em conflitos envolvendo o âmbito penal, mas de uma forma geral, não se restringindo a determinado ramo do Direito.

Por fim, constata-se que, a justiça restaurativa, em seu viés humanitário, inclusivo, que almeja a resolução do conflito através do diálogo e ampla participação - inclusive da família e comunidade -, apesar de vislumbrar na modernidade um obstáculo à sua aplicação, vez que esta é marcada pelo individualismo e falta de reconhecimento do outro, mostra-se como um paradigma de justiça e resolução de conflitos a ser buscado e concretizado na realidade brasileira, diante dos grandes benefícios que proporciona aos envolvidos no conflito.

Ademais, o modelo traz, em si, um potencial transformador da sociedade, de modo que sua aplicação está apta a causar impactos sociais no sentido de atenuar os efeitos negativos da modernidade, viabilizando a formação de indivíduos mais empáticos, sociais e sensíveis à existência do outro, viabilizando a construção de uma sociedade solidária e, portanto, mais justa.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Christian Hernández. Salidas alternativas y justicia restaurativa em la justicia penal juvenil. In: MANRIQUE, Jorge Isaac Torres *et al* (coord.) **La justicia restaurativa em américa latina**. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017, p. 531-554.

AMSTUTZ; Lorraine Stutzman; MULLET, Judy H. **Disciplina restaurativa para escolas:**

responsabilidade e ambientes de cuidado mútuo. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. DENTZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **Confiança e medo na Cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

_____. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Semastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

_____. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**, 1997, p. 1-51.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em 01 de julho de 2018.

CHÁVEZ, Reyler Yulfo Rodríguez. **Justicia restaurativa: bases para la reforma del Poder Judicial peruano a partir del programa de prevención 'Justicia, Paz y Seguridad'**. 1ª ed. Lima: Essentia Iuris, 2016.

COSTA, Ilton Garcia da; PUGLIESI, Renan Cauê Miranda; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Superando paradigmas: a aplicação da justiça restaurativa em casos que envolvem violência doméstica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 137. ano 25. p. 153-196. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LARA, Caio Augusto Souza. **A justiça restaurativa como via de acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (Coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública 2016**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Fredrich. **Manifesto Comunista**. Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2013.

PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Série da reflexão à ação. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

PUGLIESI, Renan Cauê Miranda. Justiça juvenil restaurativa no Brasil: uma alternativa possível. In: ARANÃO, Adriano; DAVID, Décio Franco; ESTEVÃO, Roberto da Freiria (orgs.). **Violência e criminologia**. 1. ed. Jacarezinho/PR: UENP, 2017, p. 233-253.

RODRIGUES FILHO, Luciano Ferreira (org.). **Criminalidade**: estudo psicossocial, sistema de execução penal e políticas públicas. Curitiba: CRV, 2017.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**: teoria e prática – série da reflexão à ação. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

MODELOS PRISIONAIS PARA TRANSEXUAIS E TRAVESTIS NO BRASIL

Geanna Moraes da Silva¹

RESUMO

O presente trabalho possui o intuito de conhecer peculiaridades do sistema prisional brasileiro acerca das condições de sobrevivência de uma minoria composta por transexuais e travestis, os quais cumprem pena em regime fechado em unidades majoritárias masculinas, heterossexuais e cisgêneros. Neste contexto, pesquisou-se a vulnerabilização sofrida em todas as esferas da existência destes indivíduos, a iniciação delitiva, a violência a que são submetidos enquanto encarcerados e as possibilidades de um cumprimento de pena digno. Analisou-se os modelos prisionais atualmente adotados no Brasil como alternativas ao cumprimento em unidades predominantemente masculinas, com ênfase nos locais denominados “Seguros” e as Alas LGBT, pretendendo criar resistência e perspectivas para o futuro.

PALAVRAS-CHAVE: Transgêneros – Encarceramento – Dignidade

RESUMEN

El presente trabajo tiene el propósito de conocer peculiaridades del sistema penitenciario brasileño acerca de las condiciones de supervivencia de una minoría compuesta por transexuales y travestis, los cuales cumplen pena en régimen cerrado en unidades mayoritarias masculinas, heterossexuales y cisgêneros. En este contexto, se ha investigado la vulnerabilidad sufrida en todas las esferas de la existencia de estos individuos, la iniciación delictiva, la violencia a que son sometidos en cuanto encarcerados y las posibilidades de un cumplimiento de pena digna. Se analizaron los modelos penitenciarios actualmente adoptados en Brasil como alternativas al cumplimiento en unidades predominantemente masculinas, con énfasis en los locales denominados "Seguros" y las Alas LGBT, con el fin de crear resistencia y perspectivas para el futuro.

PALABRAS-CLAVE: Transgêneros - Encarcelamiento – Dignidad

1 INTRODUÇÃO

A temática proposta pela presente pesquisa trata da complexa realidade dos integrantes transgêneros no ambiente prisional brasileiro.

Inicialmente apresenta disposições explicativas acerca dos conceitos essenciais e individualizadores das personalidades a serem exploradas: as pessoas transexuais e travestis.

No que se refere à adequação social, demonstrou suas dificuldades no convívio em razão da aparência e identidade de gênero destoantes dos padrões heteronormativos, o que enseja a marginalização e, conseqüente, vulnerabilização de suas existências.

Também fez referência à ligação entre a exclusão social, a expectativa de vida e criminalização do grupo citado, expondo as bestialidades sofridas após a inclusão nas prisões

¹ Especialista em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO/PROJURIS – 2018. Especialista em Direito Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL – 2016. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP – 2013. Advogada. Conciliadora no Tribunal de Justiça no Estado do Paraná.

brasileiras predominantemente cisgêneras e heterossexuais.

Como formas de humanização, aponta algumas alternativas encontradas pelas administrações penitenciárias para separar a referida comunidade dos presos hegemônicos, como a colocação em ambientes denominados “seguros” e a criação de alas exclusivas.

Nesta ocasião, demonstra como o intento protetor estatal esbarra nas precariedades do sistema e permuta de direitos fundamentais, motivo pelo qual defende seu aperfeiçoamento, considerando a desagregação de presos a proposta de maior viabilidade ante o conhecimento sobre a atual conjuntura do cenário prisional brasileiro.

O estudo culmina, na perspectiva de melhoria das condições de sobrevivência destas pessoas enquanto encarceradas, por meio de políticas públicas efetivas e a publicação da Resolução nº 01 de 2014, elaborada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em parceria com o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, a qual estabelece parâmetros de acolhimento do público LGBT nos ambientes prisionais.

A este respeito, o trabalho apresenta as incongruências entre os termos da Resolução e a realidade experimentada atualmente, criticando a inadaptação dos ambientes prisionais à normativa e apresentando perspectivas para a concretização dos direitos previstos, tudo em prol da garantia da dignidade no cumprimento de pena e possibilidade de ressocialização dos seres considerados os mais excluídos entre todos os integrantes do sistema prisional brasileiro.

2 DA QUESTÃO DO GÊNERO

No Brasil, as questões envolvendo o gênero têm ganhado importância no meio acadêmico e se dedicam a compreender sua diversidade e o surgimento de novas subjetividades nos ambientes contemporâneos.

O gênero é uma construção social tendente a diferenciar homens e mulheres em consonância com o seu sexo biológico. Há machos e fêmeas na espécie humana, mas a condição de ser homem ou mulher se realiza por meio das convenções sociais.

Nesses termos, a cultura ocidental toma como base as diferenças anatômicas entre os sexos para dividir quem deve se sentir masculino ou feminina, conforme os atributos, comportamentos e papéis convencionalmente estabelecidos.

Espera-se, por exemplo, que meninos gostem de azul e brinquem com carrinhos, enquanto meninas gostem de rosa e brinquem com bonecas. Espera-se, ainda, que mulheres sejam sensíveis e usem cabelos compridos, enquanto os homens sejam fortes e não chorem. Tais comportamentos não nascem com o indivíduo, mas são construídos culturalmente e podem variar conforme a sociedade (SÃO PAULO, 2014, p. 12).

Neste diapasão, a identidade de gênero está associada ao reconhecimento pessoal entre os papéis normatizados socialmente para cada gênero, independentemente de seu sexo ou orientação sexual, podendo assumir as formas masculina, feminina, ambas ou nenhuma.

São chamados cisgêneros aqueles que possuem identidade de gênero coerente com a recebida no nascimento, ou seja, em conformidade com os seus órgãos genitais.

Se nasceu com um pênis, foi designado como homem e se reconheceu/apropriou da identidade masculina durante a vida ou se nasceu com vagina, foi designada como mulher, se reconhecendo e apropriando desta identidade, estar-se-á diante de pessoas cisgêneros.

Por outro lado, existem aqueles que, embora portadores de um sexo e, conseqüentemente, um gênero padrão, anseiam assumir o papel social do outro. Como exemplo, cita-se a pessoa portadora do sexo biológico masculino que se sente como mulher em sua essência e almeja assumir o papel normatizado feminino perante a sociedade ou vice-versa.

Visando melhor compreensão, discute-se a transgeneridade em tópico apartado.

2.1 Da pessoa transgênero

O termo transgênero carrega maior complexidade. Sob análise superficial, a característica comum a todas as pessoas transgêneros é o desvio das normas do binário de gêneros masculino e feminino em vigor na sociedade.

O binário de gêneros se refere às normas baseadas em estereótipos e expectativas sociais relacionadas a cada identidade. É o que a sociedade espera do comportamento do homem ou mulher, conforme os padrões impostos pelos gêneros masculino ou feminino, diretamente relacionados ao sexo do nascimento.

Entretanto, muitas pessoas não conseguem se adaptar às normas de conduta impostas pelo modelo designado com o nascimento, optando pela transgressão aos padrões sociais e tornando-se gênero-divergentes.

O assunto foi discorrido por Letícia Lanz (2014, p. 68):

[...] para todos os efeitos e de todas as maneiras, a pessoa transgênera é, antes de tudo, alguém que viola as normas, que se desvia do que é considerado normal, que viola a normalidade, que subverte e transgride a ordem social e política. Por isso representa uma clara e evidente ameaça à conduta de gênero estabelecida pela sociedade. Assim, por mais que a pessoa apresente atestados de sanidade mental, inteligência e lucidez, será considerada anormal por não atender os requisitos de normalidade ditados pela ordem instituída.

Nesse contexto, a palavra *trans* possui origem no latim e significa *além de, para além de, em troca de*, podendo indicar a mudança de uma condição para outra. Ela abrange a expressão transgêneros por representar pessoas que não se sentem ajustadas ao gênero recebido e ultrapassam

as normas originárias para expressarem a identidade como a reconhecem.

O termo é amplo e comporta tanto a dicotomia de espécies entre travestis e transexuais, como quaisquer outras incoerências da identidade com o sexo genital, podendo se efetivar desde a curiosidade sobre a utilização de adereços próprios do outro gênero até a realização de mudanças físicas por meio de hormônios, algumas cirurgias corretivas ou a conversão da genitália para a do sexo oposto.

No Brasil ainda não há consenso sobre o termo. Há quem se considere transgênero, como uma categoria à parte das pessoas travestis e transexuais. Existem, ainda, as pessoas que não se identificam com qualquer gênero. Alguns utilizam o termo *queer*, outros a antiga denominação de *andrógino*, ou reutilizam a palavra transgênero (JESUS, 2012, p.10).

Como exemplo da diversidade de condutas abarcadas pela letra “T” da sigla LGBT, podemos citar ainda o homem *crossdresser*: que se satisfaz ao usar roupas femininas, mas se identifica como homem e tem vivência heterossexual; ou a *drag queen*: transformista caricata, que mesmo se vestindo como alguém de gênero diferente do seu, não necessariamente é homossexual, normalmente o fazendo profissionalmente.

Apesar desta diversidade, o presente trabalho possui o intuito de analisar as pessoas denominadas transexuais e travestis, as quais serão retratadas a seguir.

2.2 Dos conceitos de transexualidade e travestilidade

Entre os representantes mais conhecidos e atingidos por violências no meio transgênero estão os transexuais e travestis, justamente por adotarem conduta considerada mais ofensiva aos padrões sociais, tornando-se focos na discussão relacionada aos direitos e interesses relacionados à população LGBT.

A pessoa transexual possui identidade de gênero diferente do sexo biológico, independente de qual seja, e pode sentir a necessidade de realizar modificações corporais, visando adequar os atributos físicos ao gênero com o qual se identifica. No entanto, o que de fato a caracteriza é o desconforto em relação a sua genitália.

É uma questão de reconhecimento, podendo ser descoberta até mesmo durante a infância, e sempre existiu. A inovação está nos avanços da medicina, que possibilitam atingir uma fisiologia muito próxima ao gênero de personalidade.

As transformações ocorrem porque o indivíduo constata seu corpo inadequado à sua mente, sentindo a necessidade de se apresentar e expressar da maneira como percebe o seu íntimo, principalmente objetivando a aceitação social e a consolidação de sua personalidade.

Importante notar que nem toda pessoa transexual deseja realizar a cirurgia de redesignação

sexual. Isso porque a determinação da identidade se perfaz muito mais pela forma como se identifica do que pelo procedimento cirúrgico.

Por sua vez, a travesti nasce com o sexo masculino e possui individualidade feminina, realiza modificações em seu corpo por meio de hormônios e plásticas, mas não ambiciona realizar cirurgia de redesignação sexual, pois não sente desconforto com o pênis.

Em regra, adere gênero feminino, mas pode ter identidade sexual masculina e feminina interligadas. Algumas não se consideram nem homem nem mulher e reivindicam o papel do terceiro gênero ou a inexistência de gênero (DAWSON, 2015, p. 34).

Acreditam que a genitália do sexo biológico as torna diferentes, fazendo parte do fetiche sexual. Logo, não se sentem constrangidas, mas a utilizam para satisfação lasciva.

Comparando as espécies, apesar de semelhantes entre si, a principal diferença está no desconforto com a genitália sentida pelo(a) transexual e não compartilhado pela travesti. O que não significa a necessidade de transmutar de sexo pela primeira classe, a qual pode simplesmente se sentir desconfortável e inutilizar o membro sexual, sem, contudo, sentir vontade de realizar a cirurgia, mormente pelos riscos e possibilidade de insucesso.

Apontadas as perspectivas físicas da temática, entende-se como um reclamo também pontuar a óptica da vulnerabilidade sofrida por estas pessoas, mormente no que se refere à adequação social, como se pretende a seguir.

3 DA VULNERABILIDADE

A aceitação social em relação às pessoas *trans* envolve assuntos de grande complexidade, pois sequer conhecidos da maioria populacional. Há apenas alguns anos quase ninguém conhecia a temática. O que não significa sua antecedente inexistência, mas, tão somente, a restrita difusão.

Todos aqueles que vivenciam esta realidade sempre encontraram dificuldades. A princípio para que compreendessem a si próprios, pois os únicos conceitos difundidos acerca da sexualidade estavam relacionados à homo ou heterossexualidade, o que em nada se confundia com as questões de gênero. Logo, as pessoas sabiam o que sentiam, mas não sabiam em que “grupo” se incluíam, vivendo a angústia do desconhecido.

Além disso, o descontentamento com o gênero era tratado como espécie de transtorno psicológico, o que, para aqueles que conseguiam se autodeterminar, era considerado vergonha, pois transmitia a impressão de anormalidade. Não raros são os casos de pessoas que nunca se assumiram em razão de temerem por sua reputação.

Seja por ignorância, seja por receio, as pessoas não viviam suas verdadeiras identidades e, por muito tempo, o assunto ficou adormecido. Há poucos anos passou a ser discutido a nível de

interesse nacional e, embora tenha garantido alguns direitos, ainda não conseguiu garantir dignidade para a existência destas pessoas.

Por inúmeras razões, a exemplo das supracitadas, suas vivências são marcadas pela vulnerabilidade, marginalização e todo tipo de exclusão social. Fato intimamente ligado aos destinos traçados. Motivo pelo qual se faz necessário o aprofundamento sobre a temática.

Preliminarmente, cabe mencionar que somente a partir de 2018 a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a transexualidade da lista de doenças mentais da Classificação Internacional de Doenças (CID). Ou seja, o simples fato de considerar a pessoa de identidade de gênero divergente como um doente mental já a estigmatiza em níveis extraordinários.

Há que somar o fato da cirurgia de redesignação ter sido proibida no Brasil até o final dos anos 90, sendo necessário o Poder Judiciário garantir a sua permissão e cobertura pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Embora, apesar de garantida, tenha continuado pouco acessível, mormente porque inclusa no Processo Transexualizador e realizada por poucos hospitais credenciados, localizados em grandes centros urbanos.

Além disso, para os indivíduos que realizavam o tratamento hormonal e/ou as cirurgias corretivas surgia um novo desafio, referindo-se ao uso dos documentos de identificação emitidos anteriormente a estes acontecimentos e, portanto, contendo o nome registral em completa inadequação à nova aparência física.

Sobre isso, não existe qualquer previsão legal com o intuito de oficializar a situação de fato e evitar as situações vexatórias e discriminatórias ocasionadas, bem como somente no presente ano (2018) o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha se manifestado, em caráter de repercussão geral, garantindo a alteração do nome social e gênero no assento de registro civil sem a necessidade de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4275.

Até muito pouco tempo atrás era necessária utilização de ações judiciais para a alteração do nome social nos documentos de identificação das pessoas que haviam realizado a cirurgia de redesignação sexual, assim como eram negadas as alterações para quem optasse por não realizar o procedimento.

Logo, a dificuldade sempre se alastrou por todos os âmbitos da vida destas pessoas. Inicialmente porque não tinham acesso adequado aos procedimentos medicamentosos e cirúrgicos de mudança corporal e, posteriormente, quando alcançavam o primeiro intento, não podiam apresentar seus documentos pessoais sem serem submetidos ao constrangimento de investigação sobre o fato destes se mostrarem incompatíveis com o gênero adotado.

Não fossem estes grandes problemas, ainda existe a questão da marginalização motivada

simplesmente pelo desejo de assumir suas personalidades não convenientes aos padrões sociais, garantindo-lhes poucas oportunidades de inclusão e trabalho que não as oriundas de subempregos ou envolvidas com a exploração sexual e o tráfico de drogas.

Para Maria Berenice Dias (2014, p. 269):

As pessoas *trans* sofreram marginalizações múltiplas, sem recursos e tampouco familiaridade com instituições civis, e restam mais uma vez à margem do Estado. Muitos abandonam a escola, não frequentam hospitais, não fazem carteira de identidade e evitam se socorrer dos órgãos públicos pelo medo de serem tratados com desrespeito à sua identidade e expressão de gênero. Preconceitos, discriminações e violências homofóbicas se agravam sensivelmente em relação a travestis e transexuais. Sem poderem se conformar à "pedagogia do armário", ficam sujeitos às piores formas de desprezo, abuso e violência. Seus direitos são sistematicamente negados e violados, sob a indiferença geral.

Afetadas intimamente por sentimentos transfóbicos e estigmatizadas por se assumirem publicamente, passam por muitas dificuldades no ambiente escolar, o que as fazem abandonar os estudos, determinando, deste modo, a exclusão do ambiente profissional formalizado.

Somada à falta de elementos imprescindíveis à inserção social, como os documentos de identificação contendo o nome social, está o abandono familiar ocorrido após as modificações corporais, fato que normalmente ocorre durante a adolescência, momento crucial para a formação do caráter, culminando em uma maior fragilidade destas pessoas.

Destarte, a prostituição passa a ser a mais provável opção de trabalho para o segmento e por não estarem inseridas no mercado formal de trabalho, suas vidas se tornam mais precárias e passíveis de extermínio já que seus corpos não são dóceis nem úteis à produção capitalista (NASCIMENTO, 2016, p. 21).

Para LIMA e NASCIMENTO (2014, p. 77):

[...] é quase inegável admitir que o caráter representado por essa atividade para sujeitos *trans* ocupa função muito distinta: os estigmas, os preconceitos e os tabus reservam-lhes somente a prostituição como forma de sustento; a atividade é quase como única alternativa para que possam se engajar numa atividade laboral lícita e minimamente lucrativa. Às vezes, ou quase sempre, a prostituição representa a única e a última possibilidade para que a população transgênera possa desenvolver uma ocupação lícita, mas ainda assim, tida como "indigna", merecendo, portanto, reprovação da sociedade.

Neste contexto exclusivo, muitas das pessoas *trans* privadas tanto do acolhimento familiar quanto do estatal acabam arrastadas para a criminalidade, na maioria das vezes envolvidas com o tráfico de drogas ou os crimes patrimoniais.

ZAMBONI (2017, p. 101) cita o depoimento de uma travesti:

Nós travestis não somos do crime, entendeu? A gente muitas vezes comete um crime dentro daquilo que a gente faz, que é a prostituição. Porque onde tem prostituição a gente sabe que tem muito crime. Na pista tem muita droga, muito roubo, muita violência também. Essa coisa de ciúme, de competição, dá muita briga também, muito barraco. O crime é uma coisa que a gente pode fazer assim, e ser presa por isso, e tem que pagar cadeia. Mas não é da nossa natureza, entendeu?

A situação torna-se pior quando o sujeito se torna presidiário, pois não será subalternizado somente por ser *trans*, mas também por ser considerado criminoso, o que eleva o caráter pejorativo da primeira característica a nível extraordinário, tornando a exclusão ainda mais gravosa e definitiva.

Deste modo, se tornou fundamental a discussão a respeito dos transgêneros em conflito com o Direito Penal, bem como sobre as condições de cumprimento de pena privativa de liberdade por tais indivíduos.

4 COMUNIDADE *TRANS* EM CONFLITO COM O DIREITO PENAL

As travestis e transexuais estão sujeitas a cometer crimes, como qualquer pessoa, devendo responder por seus atos perante a legislação penal e o Judiciário, situação em que podem ser condenadas a penas privativas de liberdade e necessitarem cumpri-las em regime fechado.

Em tais casos, a Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de nº 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal) preveem que o cumprimento da pena deverá ser humanizado e respeitar os ditames legais de tratamento aos apenados.

O artigo 5º da CF dispõe que não haverá penas cruéis (inciso XLVII) e que “[...] serão cumpridas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (inciso XLVIII), sendo respeitada a sua integridade física e moral (inciso XLIX).

No mesmo sentido, o artigo 38 do Código Penal e o 3º da Lei de Execução Penal garantem ao preso a conservação de todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade ou da sentença condenatória.

Todos os dispositivos citados objetivam, em sua essência, a efetivação das disposições condenatórias e, ao mesmo tempo, a oferta de condições para que o apenado mantenha sua integridade física e moral preservada, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, para que, ao final do encarceramento, possa ser reincorporado à sociedade.

Ao que se constata, os mecanismos de proteção aos encarcerados, diretamente relacionados aos Tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, estão devidamente contemplados na legislação específica brasileira.

Não obstante, a realidade dos presídios se distancia, e muito, da humanização pretendida pelo legislador, contemplando prisões que não respeitam os direitos básicos destes seres humanos, locais onde os indivíduos permanecem sem proteção à integridade física, moral e perspectiva de ressocialização, verdadeiros depósitos de seres humanos indesejados no convívio social.

Se a situação é calamitosa em relação aos presos comuns, a problemática se expande nas situações em que os presidiários estão incluídos entre a população *trans*, os quais são discriminados

no convívio social, mas quando se introduzem no sistema carcerário sofrem as maiores afrontas à dignidade humana.

Isso ocorre devido ao difícil enquadramento no sistema penitenciário binário de sexos, que ignora seus presos e, principalmente, suas identidades de gêneros, encarcerando-os independentemente de qualquer critério de separação.

Conforme a disposição binária utilizada nos presídios brasileiros, os detentos são divididos entre homens e mulheres, sendo o gênero definido por meio das diferenças anatômicas, e alojados em alas específicas para cada uma das populações.

Entretanto, a população transexual e travesti não se encaixa adequadamente em qualquer dos gêneros supracitados, mormente as pessoas que não se submeteram à cirurgia de redesignação sexual, possuindo órgão genital condizente a um gênero e identidade correspondente a outro.

Para NASCIMENTO (2016, p. 36), a heteronormatividade perpetua a discriminação destas pessoas, que sofrem as condenações pela prática de seus atos criminosos e pela afronta às normas padronizadas de gênero.

Não existem previsões para casos como estes na Constituição Federal, Código Penal ou na Lei de Execução Penal e, por isso, o silêncio tem vigorado nas unidades prisionais, os direitos humanos desrespeitados e a realidade ignorada pela sociedade, situação propícia à ocorrência das maiores barbaridades.

A situação se ameniza nas hipóteses em que o Judiciário consegue visualizar a peculiaridade do indivíduo encarcerado e age com bom senso ante a realidade social, adequando os casos concretos às realidades prisionais vigentes.

A fim de desenvolver o conteúdo, necessária a análise da realidade no cumprimento de pena destes indivíduos nas penitenciárias brasileiras, o que se fará no próximo tópico.

5 DA CONVIVÊNCIA TRANS NAS PRISÕES DE PREVALÊNCIA MASCULINA

Em decorrência da ausência estatal, os estabelecimentos prisionais se tornaram propícios aos mais variados tipos de violência, havendo, inclusive, disputa de poder entre os reclusos. Situação na qual alguns grupos dominam outros por meio de poder e força física.

O poder dentro destes ambientes se adquire através da reputação, referindo-se à capacidade e recursos para a dominação de seus companheiros, bem como à resolução dos conflitos através da força.

Nesse contexto, os homens heterossexuais são considerados mais fortes, inteligentes e capazes de submeter outros ao seu alvedrio, sendo os homossexuais e transgêneros sempre rebaixados à categoria de dominados.

Por esta razão, tornam-se vulneráveis, o que compreende sofrer constantes perseguições, abusos e privações. Estas que não se restringem apenas à liberdade de locomoção, mas de poder assumir sua divergência em relação aos padrões estabelecidos, bem como poder viver conforme o gênero de identificação.

Isso considerando a intenção de demonstrar poder, pois nenhum preso *trans* será considerado líder, também para evitar a submissão por pessoas consideradas mais fortes e, principalmente, para garantir a integridade física e psíquica, afastando os abusos sexuais.

Os presos que assumem sua identidade sofrem as consequências e, entre muitas outras coisas, passam a representar a sujeição feminina nas práticas consideradas subalternas. Nesse contexto, as travestis, transexuais e homossexuais são essenciais à manutenção do sistema binário fundamentado na consideração de que a função do masculino seja mandar e do feminino ser mandado (FERREIRA, 2014, p. 107).

Isso porque o sistema penitenciário binário de gêneros é colocado à prova por pessoas que não se enquadram nas repartições feminina e masculina que lhes são impostas, fugindo ao padrão cisnormativo.

Logo, seu direito à personalidade será relativizado para que possa conviver com outras pessoas, as quais possuem como únicos elementos comuns o sexo biológico e o fato de ter cometido crime sancionado com pena privativa de liberdade.

A reclusa *trans* é privada de seus direitos a personalidade, identidade e dignidade, pois, para começar o suplício, tem seus cabelos cortados, suas necessidades básicas ignoradas, além de não compartilhar de direitos sexuais, a exemplo da visita íntima, concedidos aos outros presos heterossexuais e socialmente ajustados.

Para FERREIRA (2014, p. 99):

Por serem minoria, suas opiniões não são validadas e elas precisam concordar com demandas que não necessariamente as representam. As questões de gênero e das práticas estéticas do corpo, que para elas são muito importantes, para os outros não é. Os limites colocados por elas para que se sintam respeitadas nos seus aspectos básicos, se tornam mínimos.

Ainda encontram muitas dificuldades nas relações internas, servindo como objetos de exploração sexual, “mulas²” para o tráfico de drogas e assumindo responsabilidades na realização de atividades consideradas femininas, como a limpeza e alimentação.

Sofrem preconceito por parte de seus companheiros, pois, apesar de muitos partilharem de suas experiências de classe social, raça/etnia e interditos penais, consideram-se mais qualificados

² O termo “mula” utilizado no texto, no que se refere ao tráfico de drogas, significa carregar drogas dentro do próprio corpo, normalmente inseridas pelo ânus. A atividade é praticada por travestis e transexuais para obter prestígio e privilégios frente aos demais detentos, mas também por falta de opção.

em razão das transexuais e travestis possuírem identidades de gênero divergentes, serem consideradas esteticamente inadequadas, promíscuas e de má-índole. A prisão produz seus abjetos, notadamente aquelas pessoas consideradas “sem correção”, estando a comunidade trans incluída entre estes seres (FERREIRA, 2014, 110).

Também sofrem discriminação os detentos que se relacionam maritalmente com elas, visto que, assumindo este fato perante os demais, serão desqualificados, excluídos do convívio dos heterossexuais e rejeitados pela família.

Para facilitar a coabitação nas unidades prisionais alinhadas a diferentes facções, os transgêneros se adaptam ao ritmo dos ambientes em que cumprem pena, assumindo posição ambivalente: se por um lado não são incorporados por nenhuma delas, mantendo-se fora das disputas dos coletivos, também não são rejeitados sumariamente, como ocorre com os presos ligados às organizações rivais.

A título de exemplo, nas unidades paulistas, atualmente comandadas pelo PCC, a proibição do estupro e a adoção da igualdade como valores máximos culminaram em alterações positivas para quem permanece em prisões alinhadas ao comando. Eles podem, por exemplo, habitar as áreas de convívio e, principalmente, têm sua dignidade sexual respeitada. Por outro lado, restrições rigorosas foram instituídas, como a proibição de usar os cabelos compridos, roupas femininas, manutenção de relacionamentos afetivos, a utilização de mesmos utensílios, como pratos e talheres, dos demais presos e, por fim, a exclusão dos processos políticos relevantes ao mundo do crime (ZAMBONI, 2017, p. 101).

As restrições são motivadas pela ideologia delitiva que eleva a masculinidade e rebaixa a feminilidade nos sistemas de valores em geral. Logo, ainda que possam coabitar e seguir os códigos de conduta determinados pela facção, jamais serão tratados como semelhantes por faltar-lhes masculinidade.

Noutro diapasão, a realidade de convivência carcerária em cada Estado se determina pela facção que domine as unidades. Enquanto algumas possuem regras próprias a respeito da prática de estupros e violências internas, a grande maioria não dispõe, constando de incontáveis casos de estupros coletivos contra transgêneros e homossexuais em alojamentos comuns.

Interessante citar o caso emblemático de Vitória R. Fortes, uma das motivadoras da criação da Ala Gay em Minas Gerais. O caso foi noticiado e causou comoção após a transexual começar a mutilar os próprios braços para chamar a atenção da diretoria do presídio. Eu seu depoimento tratou sobre os fatos:

Eu era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10

maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...] Fiquei calada até o dia em que não aguentei mais. Cheguei a sofrer 21 estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer. Sem falar que eu tinha de fazer faxina na cela e lavar a roupa de todos. Era a primeira a acordar e a última a dormir (KIEFER, 2014).

No Ceará, uma transexual ameaçou tirar a própria vida, durante uma audiência de custódia, caso ficasse determinado que voltasse à prisão. Isso porque passou 20 (vinte) dias sob custódia na Penitenciária Masculina de Caucaia dividindo a cela com 04 (quatro) detentos, os quais a estupraram e espancaram. A transexual chorava, vomitava e apresentava marcas de espancamento durante a audiência. Ouvida uma testemunha, também presa no local, esta afirmou ter ouvido os gritos da transexual durante a noite em que estava sendo abusada (ROMÃO, 2015).

Apesar de pouco noticiados, fatos como os supracitados são bastante comuns nas alas masculinas de presídios onde permanecem alojados conjuntamente homens heterossexuais, travestis e mulheres transexuais, situação estarrecedora e que merece a atenção das autoridades, as quais muitas vezes tomam conhecimento sobre os fatos e os ignoram por não possuir estrutura adequada para receber estas pessoas em outro ambiente prisional, perpetuando a constante de abusos.

Outro problema comum diz respeito à saúde destas pessoas, visto que, durante a estadia extrapresídio, costumam realizar tratamentos hormonais para a transformação do corpo, garantindo a manutenção da aparência com o gênero identificado. Contudo, reclusas, não conseguem manter o tratamento.

A princípio isso ocorre por falta de assistência médica e, conseqüentemente, a não prescrição dos medicamentos, que, por sua vez, não são fornecidos pelo Estado. Outrossim, não havendo a prescrição médica, os hormônios sequer podem ser levados por familiares, impossibilitando, de maneira definitiva, a continuidade da terapêutica.

Saliente-se que pouquíssimas pessoas têm acesso ao Processo Transexualizador realizado através do SUS, pois esbarram na burocracia, que demanda tempo para seu acesso e resultados pretendidos. As travestis e transexuais almejam resultados imediatos, considerando a padronização do corpo ao gênero identificado uma emergência, motivo pelo qual realizam todo o tratamento e modificações corporais por conta própria.

Neste sentido, preleciona FERREIRA (2014, p. 107):

Basicamente, além do preconceito, o que existe também é uma preocupação do Estado em tutelar o corpo das travestis de tal maneira que a prisão se torna responsável por ele, o que significa não permitir que entrem medicamentos sem prescrição médica. Embora na rua as travestis estejam acostumadas a fazerem uso de anticoncepcional para terem o corpo mais feminino, na prisão isso não é possível porque: i) o Estado não oferece; ii) o Estado não se responsabiliza pelo uso orientado, e então não permite a entrada e não possui corpo técnico que saiba prescrever o uso; iii) o uso do contraceptivo é encarado como algo moralmente errado pela Brigada Militar, que evitaria ao máximo que esses medicamentos chegassem às travestis.

Não bastasse, há a questão do nome social, o qual, em muitos estabelecimentos não é assegurado aos transgêneros nem por seus iguais nem pelos agentes penitenciários, que insistem em chamá-los pelo nome civil, embora seja regulamentada a questão do nome nestes ambientes, demonstrando clara transfobia institucional, através de violências inter-relacionais psicológicas ou simbólicas.

Não se trata de atitude ingênua ou garantista, como muitos pretendem crer, mas de completo desrespeito e deslegitimação da identidade de gênero, negando reconhecimento e integração de alguém que não se enquadra no padrão considerado apropriado, inclusive, negando-lhes a estima e o exercício igualitário de direitos.

As violências físicas também são exercidas pelos agentes prisionais, como forma de disciplina, situação em que, como detentores do poder, se utilizam deste para “docilizar” o outro. No caso das transexuais e travestis, a intenção é oprimi-las para que adotem condutas consideradas aceitáveis naquele ambiente.

A situação se mostra ainda mais greve, ponderando que muitas não têm conhecimento da dimensão de seus direitos, seja pela baixa escolaridade ou carência de assistência jurídica, o que as impossibilita de pleitear o seu cumprimento, potencializando as violações institucionais.

A realidade melhora significativamente quando o cumprimento de pena é direcionado para unidades especiais, o que se verá nos próximos tópicos.

5.1 A convivência no ambiente denominado “Seguro”

As unidades de seguro, também denominadas de cadeias de oposição neutra, estão sob responsabilidade e comando dos funcionários do sistema carcerário, ausentes quaisquer alinhamentos com as facções.

Estes locais concentram os presos não aceitos nos coletivos hegemônicos, como os policiais, funcionários do sistema penitenciário, ex-membros de comandos, estupradores e, também, aqueles que não se encaixam no padrão de masculinidade imposto, como os homossexuais, travestis e transexuais.

A esse respeito, Guilherme Gomes Ferreira (2014, p. 92) cita o depoimento de um técnico penitenciário, que afirma se tratar de uma questão de segurança, pois os homossexuais e transgêneros não podem circular sozinhos nas demais unidades sem que sofram violência e, do mesmo modo, os criminosos sexuais ou outros indesejáveis também não podem.

Logo, juntam os excluídos em uma galeria única, representada, sempre, em suas funções de chefia e organização, por membros homens, jamais transgêneros.

Dentro do Seguro, a comunidade *trans* normalmente acaba por se concentrar em abrigos

comuns de gênero, os barracos das monas/bichas, onde permanecem alojados seus integrantes, acompanhados de seus amásios, enquanto mantiverem o relacionamento amoroso.

Nestes ambientes, aos detentos são permitidos o uso do nome social, a manutenção de cabelo comprido, a utilização de roupas condizentes com as femininas, os cuidados com a beleza e o exercício livre da sexualidade, gerando certa afinidade com esta comunidade.

Ao que se constata, os ambientes prisionais denominados “seguros” são muito mais favoráveis ao exercício da identidade de gênero das transexuais e travestis, local onde podem se assumir perante os demais detentos sem que sofram tantas represálias. Entretanto, mesmo nestes locais são consideradas inferiores e continuam constituindo a minoria, sendo necessário sujeitarem-se a diversas restrições e humilhações para que seja possível a convivência.

Ou seja, muitas disposições discriminatórias comuns nas galerias masculinas continuam presentes nos ambientes neutros, mantendo tais indivíduos restritos de muitos direitos, estando longe de se mostrar o modelo ideal para o seu cumprimento. Embora deva ser valorizada a iniciativa das administrações penitenciárias em proteger estas pessoas, as quais, nestes locais, alcançaram maior dignidade.

5.2 Da implantação das Alas LGBT

Em virtude da violência sofrida pela comunidade LGBT, sob ótica generalizada, em todos os ambientes prisionais, até mesmo nos denominados “Seguros”, foram criadas em algumas unidades as alas especiais para estas pessoas, as quais abrigam, majoritariamente, as travestis, transexuais, homossexuais e seus companheiros.

Os espaços possuem extrema relevância para a efetivação da cidadania e direitos humanos dos presos, dando-lhes maior dignidade para o cumprimento das penas, com ênfase na autoafirmação como identidade de gênero e maior liberdade no exercício da personalidade.

A concretização se deveu à demanda dos reclusos, que comungaram de intensos sofrimentos; conjuntamente à atuação positiva dos movimentos sociais, representativos da pressão popular externa; das gestões de unidades prisionais, pretendendo diminuir a violência interna e dos Estados, os quais, pressionados por todos estes setores, permitiram e criaram condições necessárias para a efetivação.

Embora haja poucas unidades em todo o Brasil, as alas foram consideradas uma evolução no que tange à garantia de direitos fundamentais aos reclusos pertencentes à comunidade LGBT, sendo motivo de orgulho para as unidades prisionais que dispõem deste tipo de recinto.

Das áreas especiais consolidadas, a do Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) é considerada referência no estudo do funcionamento, isso porque o presídio foi considerado um dos

piores do país, no ano de 2009, pela CPI do Sistema Carcerário, tornando-o destaque no debate sobre o sistema carcerário brasileiro.

A partir de então, as atenções foram voltadas para o cumprimento de pena no local, tornando-se impossível ignorar a desumanidade no tratamento, até constatarem que as vidas mais precárias do sistema eram as pertencentes à comunidade LGBT, o que, de certa forma, causou indignação e fiscalização.

Assim, a visibilidade dada à condição existencial destas pessoas, atuou como elemento essencial para a implantação da ala específica, como modo de humanizar o cumprimento de pena. Houve um reconhecimento de tais personalidades como vítimas no sistema prisional, fazendo com que houvesse a necessidade de mobilização da sociedade e Estado para solucionar a problemática.

Uma vez implantada a galeria, esta modificou significativamente a dinâmica prisional em sua organização e relações de poder existentes. As travestis passaram a protagonizar uma realidade nova, acompanhadas pelas transexuais, homossexuais e seus amásios, deixando de ser apenas vítimas dos homens heterossexuais e cisgêneros predominantes para habitarem um ambiente exclusivo.

O local não apenas as mantém protegidas, mas permite o empoderamento de sua identidade, através, por exemplo, da permissão para utilizar roupas femininas e cabelos compridos, além de possuírem vagas excedentes, tornando o lugar mais confortável.

A separação passou a ocorrer durante a triagem, de maneira que mais nenhuma trans foi enviada ao coletivo hétero sem que fosse de sua vontade. Aliás, a simples implantação do procedimento, por meio de perguntas aos recém-chegados a respeito de sua identidade sexual e de gênero já pode ser considerada uma conquista, considerando o modelo anterior em que estas pessoas eram ignoradas pelas autoridades.

As reclusas que vivenciaram o sistema antigo e o novo afirmam que a permanência em local adequado faz com que se sintam seguras em relação às violências externas, passando a viver e ser respeitadas como sujeitos de direitos, fato gerador da melhora significativa de suas existências prisionais.

Há quem diga preferir a transferência para uma unidade feminina sob alegação de sofrer violências por parte de policiais militares responsáveis pelo Presídio e devido à falta de produtos essenciais à manutenção de seus corpos. Situação que encontra relutância em relação às autoridades prisionais, visto a ausência de órgão sexual ou nome constando do registro civil feminino.

Outras preferem a manutenção das alas LGBT, pois nestes locais podem coabitar com seus “maridos”, o que não seria permitido em uma unidade feminina. Opinião compartilhada pelos homossexuais, os quais, sem as alas especiais, retornariam às alas masculinas, onde voltariam a

sofrer abusos.

Mas, se por um lado a ala é uma forma de enfrentamento organizado à problemática da vulnerabilização *trans* na busca por maior proteção institucional, por outro são apartadas de oportunidades oferecidas aos demais reclusos, tendo várias prerrogativas constitucionais negligenciadas.

A título de exemplo, cita-se a realidade dos indivíduos que desejam frequentar as salas de aula ou locais de trabalhos da unidade penitenciária, as quais, muitas vezes, permanecem nas alas predominantemente masculinas cisgêneras, por razões estruturais, considerando que normalmente as alas LGBT são improvisadas. Neste caso, os transgêneros não podem frequentar o espaço destinados aos presos dominantes, pois os agentes carcerários não conseguem garantir suas integridades físicas nos locais. Por esta razão, para que consigam alcançar a dignidade física, se faz necessário o afastamento de direitos essenciais quanto à educação e trabalho.

Inclusive, a falta de acesso aos direitos citados causa prejuízo no cumprimento de pena dos condenados, pois a remição, que faria diminuir suas penas através do trabalho e estudo, fica impossibilitada de ocorrer por falta de estrutura.

Visando amenizar a problemática de acolhimento do público trans foram tomadas algumas providências, embora não haja maiores esforços do Poder Legislativo em garantir direitos a esta comunidade, no que se refere ao cumprimento de penas.

6 DA INTERVENÇÃO ESTATAL

A mais relevante ação estatal no que se refere ao acolhimento de homossexuais e transgêneros no sistema prisional brasileiro foi instituída por meio de uma parceria entre órgãos ligados ao Ministério da Justiça e Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a qual culminou na elaboração da Resolução Conjunta nº 01 de 2014 do Conselho Nacional De Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD).

O expediente é responsável por estabelecer os procedimentos adequados para o acolhimento da pessoa LGBT em privação de liberdade no Brasil.

Comemorada entre os especialistas no assunto, a resolução é muito benéfica, pois, entre outras medidas, elenca a necessidade de manifestação da vontade da pessoa quanto ao tipo de estabelecimento para o qual será destinada; o direito de ser tratada pelo nome social; o encaminhamento das pessoas transexuais masculinas e femininas para unidades prisionais femininas, com direito ao mesmo tratamento que o das demais mulheres privadas de liberdade; o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero; a manutenção de cabelos compridos; o

uso de tratamento hormonal; o direito a visita íntima; o auxílio reclusão; entre outros (ROSA, 2016, online).

Neste ponto, necessário salientar que, embora a Resolução objetive promover a igualdade material entre os indivíduos prisionizados, tratando-se de uma evolução no reconhecimento das identidades homossexuais e transgêneros de maneira geral, chama a atenção por sua discrepância com a realidade do sistema prisional brasileiro, o qual não ostenta estrutura para segui-la em seus exatos termos.

Neste sentido, a normativa se omite em relação a determinadas questões sobre a aplicabilidade do conteúdo, não sendo, por exemplo, determinado sanção para os casos de descumprimento pelas instituições, ficando a cargo destas verificar a possibilidade de implementá-los com base nas condições materiais de cada local.

Assim, resta claro que a efetivação não ocorreu conforme o desejado, devendo ser considerada como um avanço limitado no que tange a garantia dos direitos, os quais são parcialmente cumpridos pelas Instituições.

A título de exemplo, o direito ao uso do nome social e a manutenção dos cabelos compridos têm sido respeitados pelas unidades, porquanto os próprios internos as cobrem das autoridades. Por outro lado, os referentes à saúde (hormonioterapia) e a educação têm sido negligenciados.

Ademais, mesmo quando os direitos são cumpridos, como no caso da criação de alas específicas, para garantir a efetivação de um direito outro precisa ser suprimido, como o acesso ao trabalho e estudo, o que demonstra um ciclo no qual a população LGBT jamais alcança a dignidade completa

Assim, contata-se que, embora seja respeitável o intuito reformador da Resolução de nº 01 de 2014, bem como tenha trazido benefícios importantes, não foi suficiente para garantir a melhora satisfatória no cumprimento de pena dos homossexuais, travestis e transexuais no sistema prisional brasileiro, pois restritos no que concerne a aplicação e possibilidade de ressocialização, sendo necessárias outras medidas, incluindo políticas públicas eficazes, para que o intento se concretize.

Neste sentido, interessante mencionar a importância do Poder Judiciário na garantia de direitos, enfatizando uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal no HC 152491/SP, por meio do Ministro Luís Roberto Barroso, que concedeu ordem ofício para que duas travestis reclusas em alas masculinas de predominância cisgênera e heterossexual fossem incluídas em estabelecimento prisional compatível com suas identidades de gênero, fundamentando sua decisão na Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do CNPCP e CNCD, bem como da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo (STF, 2018, online).

A jurisprudência citada demonstra a importância da atuação ativa dos Poderes, bem como de diversos setores sociais para o fim de buscar dignidade no cumprimento de penas das pessoas transgêneras.

7 RESISTÊNCIA E PERSPECTIVAS

Ao se constatar que as medidas atualmente aplicadas para garantia de melhor qualidade de vida para os membros do grupo LGBT reclusos no sistema prisional brasileiro não estão surtindo os efeitos esperados, não resta outra alternativa ao Estado que não a de repensar a sua aplicação e somar iniciativas de efetivação de direitos inerentes aos seres humanos para que seja possível garantir dignidade a uma minoria profundamente excluída da sociedade brasileira.

A princípio se faz necessário tratar a respeito da inclusão social, esta entendida não como medida ressocializadora, mas como anteposta à criminalização do ser humano, justamente com a finalidade de incluir para que não delinqua.

A inclusão social das pessoas transgêneras, concedendo-lhes oportunidades de alcance a uma vida melhor, por meio de políticas de incentivo ao estudo, formação profissional e, conseqüentemente, a inserção no mercado de trabalho formal, bem como o acesso facilitado aos documentos condizentes à sua realidade de gênero e, por fim, a realização de campanhas combatentes da discriminação de gênero e aceitação das diferenças, diminuiria significativamente a incidência da criminalidade entre os membros da comunidade.

No que tange ao momento pós-crime, superada a fase da prevenção, algumas perspectivas merecem ser traçadas a respeito das políticas de superação das indignidades encontradas no sistema prisional.

A discussão deve se iniciar pela heteronormatividade presente nas penitenciárias, as quais não foram planejadas para atender esta população, pensando seus ambientes apenas para homens e mulheres designados pelo sexo biológico, não havendo um local adequado para inserir os sujeitos que não se adequem expressamente a um dos dois sexos.

Por este motivo, defende-se a execução concreta da Resolução nº 01 de 2014 do CNPCP e CNCD, a fim de fazer cumprir os parâmetros de acolhimento do público LGBT, mormente no que se refere aos seus artigos terceiro e quarto, pertinentes à adequação dos locais de alojamento e separação de presos nas penitenciárias, inclusive através da estipulação de sanções pelo descumprimento.

O Brasil possui algumas poucas unidades especiais distribuídas por seu território, embora já tenham passado três anos da vigência da regulamentação, normalmente tratando-se de uma ala destinada para homossexuais, travestis e transexuais, as quais atendem parcialmente as necessidades

de seus integrantes, melhorando significativamente suas condições existenciais carcerárias, embora necessitem de aperfeiçoamento para que alcancem por completo o sucesso.

Para SILVA e PONCIANO (2017):

[...] presume-se que colocar os encarcerados pertencentes à comunidade LGBT em alas especiais em penitenciárias brasileiras é solução e não privilégio. A ala especial concede maior conforto, comodidade e a possibilidade de terem assistência médica específica, mormente o controle hormonal já citado. Destarte, serão distanciados da violência tanto física quanto psicológica, garantindo a salubridade em todos os sentidos.

Diante dessa realidade, tornou-se essencial a expansão do projeto de implantar espaços específicos nas prisões, visando a acomodação integral do contingente LGBT, onde tenham acesso a todos os direitos garantidos aos demais reclusos, como a educação (salas de aula disponíveis), o lazer (banhos de sol), saúde (hormonioterapia) e acompanhamento de assistentes sociais, determinando a cessação da dupla penalidade imposta pela sentença condenatória.

Outra medida ambicionável, na hipótese de total impossibilidade de implantação de ambiente reservado, seria a manutenção do indivíduo em prisão domiciliar, mediante o uso de tornozeleira eletrônica, até a disponibilização de vaga adequada no sistema penitenciário brasileiro, fundamentando a decisão com base no princípio da dignidade da pessoa humana e respeito à condição de gênero.

Em relação à suposta homofobia institucional, tornou-se cogente a capacitação dos agentes de segurança penitenciária e servidores públicos passíveis de contato com os detentos para que saibam lidar com as questões de gênero e consigam padronizar a aplicação dos preceitos contidos na Resolução de 2014.

Para SANTANA (2016, p. 51):

[...] é necessário humanizar e dar eficiência as instituições do sistema carcerário, principalmente a figura do agente penitenciário, a fim de definir suas responsabilidades, oferecer condições de trabalho dignas e seguras e qualificação para que seu trabalho seja exercido de forma respeitosa e exemplar. Entretanto, a referida qualificação deve andar de mãos dadas com a devida cobrança pelo o cumprimento da lei e punição adequada em caso de seu descumprimento.

Ainda a respeito da aplicação da Resolução nº 01 de 2014, necessário se faz regulamentá-la para que preveja punições para o descumprimento, pois desarrazoada a vigência se não houver compulsoriedade na execução pelos estabelecimentos penais, os quais tem-nas compreendido como recomendação ao invés de determinação.

Nesta ótica, necessário prover a discussão sobre a executoriedade da matéria para que se determine, definitivamente, se há faculdade ou obrigatoriedade em seu cumprimento e, sendo este o caso, estipular um prazo para adaptação das unidades sob pena de medidas sancionatórias.

No tocante a ausência de informações recentes a respeito da quantidade de pessoas LGBT

reclusas, bem como a indisponibilidade de dados sobre sua distribuição no sistema prisional brasileiro, faz-se fundamental a elaboração de estatísticas individualizadas para esta população.

O último dado fornecido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), referente ao número de alas ou celas reservadas nas unidades prisionais brasileiras, possui data de 2014 e, desde então, não houve disponibilização de dados oficiais sobre o número de integrantes, as condições e a distribuição da população.

No final de 2017 houve uma nova disponibilização de informações sobre as condições penitenciárias brasileiras, no entanto os dados sobre a população LGBT não se fizeram presentes, gerando a imprescindibilidade da inclusão pormenorizada no próximo relatório, em espaço reservado aos dados específicos sobre as minorias sexuais, para que se possa conhecer a realidade vigente e garantir visibilidade, ao menos, no que se refere às estatísticas.

Em face das informações apresentadas, plausível reconhecer a necessidade de adequação social em relação aos membros *trans*, em todos os sentidos, para que, havendo inclusão, diminua a criminalidade e, ainda que ocorra, seus integrantes sejam tratados como seres humanos durante a permanência carcerária, para, assim, terem a possibilidade de ressocialização e de retornarem ao convívio social com a possibilidade de reestruturar suas vidas.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, constata-se que o sistema carcerário brasileiro, como um todo, demanda atuação estatal positiva, mas a comunidade LGBT, principalmente seus integrantes *trans*, estão mais submetidos a realidades aterrorizantes do que qualquer outra pessoa encarcerada neste país, vivendo em condições impensáveis para um ser vivo, a ponto de serem considerados os seres mais excluídos e vitimizados entre todos, tornando a intervenção estatal uma necessidade improtelável.

Neste contexto, algumas das medidas ambicionáveis para a melhoria do cumprimento de pena são: a segregação nos ambientes denominados “Seguros”, hipótese menos desejável, pois em conjunto com criminosos sexuais e outros presos “indesejáveis”, onde a população encontra maior tolerância em relação à vivência de sua identidade de gênero, mas continua sendo minoria e, por esta razão, submetendo seus interesses aos dos presos majoritários, além de continuarem sofrendo determinadas violências; e as alas LGBT, as quais garantem maior dignidade entre todas, permitindo que coexistam entre seus pares e deixem de sofrer os abusos comuns das alas heteronormativas, garantindo, ainda, os direitos constantes da Resolução nº 01/2014 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Para tanto, tornou-se essencial que as alas específicas se expandam no Brasil, oportunizando que mais indivíduos tenham acesso, porquanto não se trate de regalias, mas de

cumprir direitos humanos, garantidos constitucionalmente e contidos na Resolução supracitada.

Alternativamente, não havendo possibilidade de garantir locais adequados, seja concedido o benefício do cumprimento de pena em regime domiciliar, através de monitoração via tornozeleira eletrônica, conforme já existem casos no Brasil, pois a falta de estrutura estatal não pode ser escusa para que travestis e transexuais continuem sendo violentadas física e psicologicamente nas alas masculinas.

A discussão sobre o tema e as melhorias no sistema precisam ocorrer de imediato. Entretanto, somente com o apoio da sociedade, principalmente por meio de sua classe mais informada, será possível levar a temática ao conhecimento popular e, assim, aderir apoio massivo e isento de preconceito, causando indignação e preocupação generalizada, para que esta realidade possa ser enfrentada e alterada, dando voz aqueles que clamam por socorro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. **Departamento Penitenciário Nacional.** Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI.** 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 273 p.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Violência, interseccionalidades e seletividade penal na experiência de travestis presas.** Temporalis, [S.l.], v. 14, n. 27, p. 99117, ago. 2014. ISSN 2238-1856. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/7359/5846>>. Acesso em: 24 out. 2017.

GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O transgênero e o gênero não binário no sistema penal: suas convergências, influências e problematizações.** 2014. 89 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2014. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/112049>> Acesso em 03 abr. 2017.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos.** 2ª ed. Brasília: 2012. 23 p. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989> Acesso em 05 abr. 2017.

KIEFER, Sandra. **Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação.** O Estado de Minas, 25 nov. 2014. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/u-ma-questao-de-respeito.shtml>. Acesso em 27 out. 2017.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero.** 2014. 342 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

LIMA, Heloisa Bezerra; NASCIMENTO Raul Victor Rodrigues do. **Transgeneridade e cárcere: Diálogos sobre uma criminologia transfeminista**. Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate. Natal, v. 02, n. 02, p. 75-89, nov. 2014. ISSN 2318-0277. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6444/5255>> Acesso em: 16 nov. 2017.

NASCIMENTO. Luciana Maria do Nascimento. **As leis que me prendem: transexuais/travestis no sistema prisional**. 2016. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

ROMÃO, Rosana. **Defensoria pública investiga estupro sofrido por transexual em cela masculina de presídio**. Tribuna do Ceará, 02 out. 2015. Disponível em: <<http://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/segurancapublica/defensoriapublica-investiga-estupro-sofrido-por-transexual-em-cela-masculina-de-presidio/>> Acesso em: 02 nov. 2017.

ROSA, Vanessa de Castro. **Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, v. 24, n. 280, p. 14-15, mar. 2016. ISSN 1676-3661. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim280.pdf?x=05-022016>> Acesso em 10 nov. 2017. (STF, 2018, online).

SANTANA, Paula Santos Sampaio. **A transgeneridade e o binário de gênero no sistema carcerário brasileiro**. 2016. 73 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/16746>> Acesso em: 23/10/2017.

SÃO PAULO. Governo do Estado. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual. **Diversidade sexual e cidadania LGBT**. SÃO Paulo, 2014. 45 p. Disponível em <<http://www.justica.sp.gov.br/portal/site/SJDC /menuitem.b1a98ae13ac6514354>>

SILVA, Beatriz Arão da; PONCIANO, Jéssica Peres Côrtes. **O LGBT e o Sistema Prisional: “Paroxismo” da pena**. In: 1º Congresso de Ciências Criminais da ESDP. Dourados, abr./2017. Disponível em: <<http://esdp.net.br/olgbt-e-o-sistema-prisional-paroxismo-da-pena/>> Acesso em 20 nov. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 152491/SP. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 14/02/2018, divulg. 19/02/2018 public. 20/02/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1000403397&base=basMonocraticas>> Acesso em 10 jun. 2018.

ZAMBONI, Marcio. **O barraco das monas na cadeia das coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual de gênero no sistema penitenciário**. Aracê – Direito Humanos em Revista. v. 04, n. 05, p. 93-115, fev. 2017. Disponível em: <<https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/135/71>> Acesso em: 26 out. 2017.

ZAMBONI, Marcio. **Travestis e transexuais privadas de liberdade: A (des)construção de um sujeito de direitos**. REA, nº 2, p. 15 – 23, jun. 2016. ISSN 2387-1555. Disponível em: <https://iiacyl.files.wordpress.com/2016/07/2n2_zamboni.pdf>. Acesso em 02 nov. 2017.

MULHERES DO CÁRCERE: DA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA ÀS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS DETENTAS

Carla Graia CORREIA¹
Isadora Ribeiro CORRÊA²

RESUMO

O presente artigo propõe a reflexão da relação existente entre as violações aos direitos das mulheres encarceradas com uma política criminal que desconsidera as demandas de gênero, especificamente refletida nas questões que envolvem direitos sexuais e reprodutivos. Para tanto, será feito um intercurso na trajetória das mulheres, nos discursos criminológicos e nas prisões, afim de evidenciar a histórica invisibilidade dispensada a essas mulheres e a necessidade de um viés feminista na Criminologia, no intuito de equacionar as desigualdades no ambiente carcerário. A metodologia adotada foi a dedutiva com suporte bibliográfico, bem como discussões oriundas dos grupos de pesquisa "Intervenção do Estado na vida das pessoas", sob coordenação do Professor Doutor Renato Bernardi, e "Violência: entre feminismos e infância", sob coordenação do Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba.

PALAVRAS-CHAVE: Prisões; Criminologia; Direitos das Mulheres.

ABSTRACT

This article proposes to reflect on the relationship between violations of the rights of women incarcerated with a criminal policy that ignores the demands of gender, specifically reflected in issues involving sexual and reproductive rights. In order to do so, it will be an intercourse on the trajectory of women in criminological discourses and prisons, in order to highlight the historical invisibility of these women and the need for a feminist bias in Criminology in order to equalize inequalities in the prison environment. The methodology adopted was the deductive one with bibliographical support, as well as discussions originating from the research group "State intervention in the life of the people", under the coordination of Professor Doctor Renato Bernardi and "Violency: between feminisms and childhood", under the coordination of Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba.

KEY WORDS: Prisons; Criminology; Women Rights.

INTRODUÇÃO

Em junho de 2016, o sistema carcerário brasileiro possuía um contingente feminino de mais de 42 mil mulheres. A forma de controle social exercida sobre as mulheres nos primeiros presídios femininos do Brasil, consistiam, como analisaremos mais profundamente no segundo capítulo deste trabalho, em exigir condutas de acordo com os padrões de comportamento de

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bacharel em Antropologia pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Integrante dos grupos de pesquisa certificados pelo CNPQ: "Violência: entre feminismos e infância" e "INTERVEPES - Intervenção do Estado na vida das pessoas".

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Integrante do grupo de pesquisa certificado pelo CNPQ: "Violência: entre feminismos e infância".

mulheres da época.

Essa perspectiva de imposição de condutas conforme o que se é esperado da mulher, com base em paradigmas e estereótipos carregados de resignação e bons costumes, é uma forma totalmente desumanizadora de tratamento a elas. Feito assim, tira-se destas a titulação de ser humano e incuti-lhes a obrigação de agir como manda (ou é imposto por) seu gênero.

Este modo de tratar a mulher é algo que permeia, até os dias atuais, o sistema carcerário brasileiro de forma velada, apenas modificando sua arquitetura de controle, mas sempre padronizando o que se é esperado, apenas por haver em voga um fator biológico secundarizado (ou seja, não posto como prioridade).

O presente artigo tem como problemática o levantamento de reflexões acerca da relação existente entre as violações aos direitos das mulheres encarceradas com uma política criminal baseada numa ciência criminológica que desconsidera as demandas de gênero desde seus primórdios, especificamente refletida nas questões que envolvem direitos sexuais e reprodutivos. Como objetivo final, proporemos a mudança da perspectiva de estudo da Criminologia Crítica para uma Criminologia Feminista, especificamente nas questões que concernem a direitos femininos. Fosse desta forma, as necessidades e demandas das encarceradas seriam tratadas como questões importantes, garantindo um atendimento democrático que planificaria o tratamento aos pacientes homens e mulheres do sistema carcerário brasileiro.

É de conhecimento das autoras, proponentes desta reflexão acerca de algumas falhas do Estado ao atendimento a mulheres encarceradas, que o sistema prisional por completo no Brasil não representa uma política pública eficiente. Ou seja, que cumpre com sua proposta de trabalho formal, que é punir os sujeitos ativos de crimes e contravenções e auxiliar na ressocialização dos mesmos, quando egressos. Porém, não podemos negar que, até mesmo nestes ambientes intramuros, o patriarcado emite seus reflexos arditamente.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, nos utilizamos do método dedutivo, partindo da análise geral da construção histórica do pensamento criminológico e, ao final, transpondo-nos ao nosso grande fim, que é a análise específica do tratamento dispensado às prisioneiras no Brasil, com base em seu gênero/sexo biológico. Para tanto, utilizamo-nos de pesquisas bibliográficas junto a obras pertinentes ao tema levantado; além de nos aproveitarmos das experiências em discussões junto aos grupos de pesquisa dos quais participamos na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP): “INTERVEPES – Intervenção do Estado na vida das pessoas”, coordenado pelo Professor Doutor Renato Bernardi, e “Violência: entre feminismos e infância”, coordenador pelo Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba.

1. O CRIME E AS MULHERES: BREVE RETROSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

Não é possível precisarmos em que momento da história, a mulher passou a ser também criminalizada e punida por seus desvios de conduta, pois essa história se confunde com a própria origem da punição aos desviantes dentro das sociedades. Assim também, não é possível que estabeleçamos uma única criminologia que possa delimitar de modo incontestável os conceitos de crime, criminoso, vítima, sistema criminal ou controle (MENDES, 2012, p.20). Outrossim, para fomentarmos o debate proposto neste artigo, faz-se indispensável que analisemos as principais concepções a respeito da relação entre mulher e criminalidade para que, dessa maneira, encontremos o lugar da mulher nos discursos criminológicos.

Conforme já preceituado por Scott (2008, p.64), a qual identificava que o gênero é um dos pilares que estruturam o poder e a partir do qual são organizadas as experiências do mundo social, o discurso criminológico, enquanto construto social, também é marcado por essa forma de organização sexista. Isso implica que, desde seu início, como pretendemos mostrar nesse artigo, excluía as experiências femininas ou lançava sobre as mulheres atribuições desqualificadoras de seu gênero.

Não pretendemos fazer neste artigo uma incursão histórica detalhada sobre a consolidação da criminologia como ciência, já que reconhecemos que não existe unanimidade doutrinária entre os diversos autores a esse respeito (PENTEADO FILHO, 2013, p.26). Limitar-nos-emos a pontuar as ideias gerais de cada momento e, sempre que possível, relacionando-as com a mulher criminosa ou desviante dentro desses principais discursos criminológicos, considerando sua relevância para as práticas de encarceramento atuais no Brasil.

Nesse sentido, adotamos como ponto de partida, a compreensão de Zaffaroni (2008, p. 127), para quem o primeiro discurso de caráter criminológico em relação às mulheres se deu a partir do texto *Malleus Maleficarum*, ou *Martelo das Bruxas*, publicado em 1487. Esse documento pode ser descrito como uma espécie de guia prático para acusar, processar e condenar as bruxas à morte.

A relevância desse documento é evidente para os estudos sobre mulher e criminalidade, pois foi nele que se estabeleceu “uma relação direta entre a feitiçaria e a mulher, a partir de trechos do Antigo Testamento, dos textos da Antiguidade Clássica e de autores medievais” (MENDES, 2012, p.22).

Nesse período medieval de caça às bruxas e durante os séculos seguintes, as mulheres foram associadas à imagem demoníaca de uma serpente ávida por disseminar o mal, moralmente questionáveis, inclinadas ao pecado, de pouca fé e que precisavam ser confinadas e controladas. Com isso, as que eram confirmadas como bruxas dentro do processo inquisitorial estabelecido pelo *Malleus Maleficarum*, receberiam à fogueira e as demais, deveriam ser tão oprimidas e controladas

quanto possível, numa verdadeira histeria coletiva de repressão e misoginia em nome da fé cristã, mas que teve forte impacto no curso da análise criminológica feminina. Assim, é importante que tenhamos em mente que

[...] por mais de três séculos nenhuma mulher restou incólume ao delírio persecutório daqueles tempos, pois o empreendimento ideológico foi tão bem arquitetado e alicerçado, que depois do *Malleus Maleficarum*, até o século XIX, a criminologia, salvo referências tangenciais e esporádicas, não mais se ocupou das mulheres. Em verdade, poder-se-ia dizer que não mais “precisou” se ocupar das mulheres dada a eficácia do poder instituído a partir da Idade Média. (MENDES, 2012, p.30)

Dando um salto histórico de alguns séculos, adentramos no que se convencionou chamar de “Escola Clássica”³ e, para muitos, é a partir desse ponto que a Criminologia emerge e consolida-se enquanto ciência, estruturada de forma sistemática e regida por princípios fundamentais. Os pensadores desse período, dentre os quais se destaca Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, com sua obra “*Dei delitti e delle pene*” de 1764, propuseram um olhar de crítica ao modelo punitivo desproporcional vigente à época, apresentando proposta de humanização das ciências penais, a partir das influências recebidas dos ideais Iluministas. (PENTEADO FILHO, 2013, p.32).

De forma bastante sucinta, podemos dizer que o principal legado dos pensadores da escola clássica é a atribuição da responsabilidade moral pelo crime ao agente ou ao delinquente. Tal entendimento parte do pensamento utilitarista, no qual o livre arbítrio de que dispõe o ser humano, o faz ser capaz de pensar e tomar decisões consciente das consequências e assim, deve responder penalmente conforme esse arbítrio. Portanto, para os classicistas, segundo Penteado Filho (2013, p.30) “as ações humanas devem ser julgadas conforme tragam mais ou menos prazer ao indivíduo e contribuam ou não para maior satisfação do grupo social”.

Em outras palavras, a Escola Clássica, em especial na figura do Marquês de Beccaria, pensava as penas de modo que essas fossem as mais eficazes possível, ou seja, penas que fossem uma resposta proporcional ao mal causado e que tivessem a devida previsão legal para limitar o direito punitivo do Estado e evitar as arbitrariedades e excessos que eram cometidos.

Nos estudos criminais realizados pelos pensadores da Escola Clássica, não se encontra menção enfática à mulher, isso porque, conforme entendimento de Faria (2010, p. 6068), esses “estudos não estavam voltados para os que infringiam a lei, mas para a normatização da reação do Estado sobre o crime”. Desse modo, não se levava em consideração “as condições psicológicas, sociais e biológicas do condenado, mas apenas o crime que havia sido cometido”.

A partir da Escola Positivista ou Escola Italiana, cujos principais expoentes são, o médico

³ O termo “Escola Clássica” na criminologia, em verdade, não existiu. Ele foi utilizado para caracterizar os positivistas de forma pejorativa pelo italiano Enrico Ferri (1856-1929), conforme o entendimento de Penteado Filho (2013, p.29).

italiano Cesare Lombroso⁴, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, a criminologia revestiu-se do caráter científico e seu método passou a ser utilizado como forma de prevenção ao crime, tanto através da identificação de "estigmas" criminosos, como da estreita relação entre o direito e a medicina. A criminologia tornou-se uma ferramenta de classificação biológica dos seres humanos, baseada na ideia da factualidade da Ciência, provava-se, de modo incontestável, a inferioridade de certas raças e o progresso de várias nações, se alinhou às políticas segregacionistas de cunho científico. Assim, a função do Estado era aplicar seu controle sobre as massas populares indesejáveis, baseado no argumento criminológico positivista que seria, agora, utilizado como suporte para justificar as ações de controle social e penal (FARIA, 2010, p. 6069).

Para os adeptos da corrente positivista da criminologia, o criminoso é uma espécie de escravo de sua condição (determinação biológica) e assim, ao contrário do entendimento dos pensadores do período Clássico, “não se crê no livre arbítrio do ser humano, uma vez que sua vontade está determinada por fatores biológicos, psicológicos e sociais” (MENDES, 2012, p. 40). Nesse sentido, não temos a vontade consciente na atuação criminosa. O criminoso é aquele que desvia das regras penais, fugindo da normalidade e, por isso, é considerado um doente que precisa de tratamento, enquanto o indivíduo normal, padrão, é aquele que não foge das regras, não infringe as leis penais.

No tocante às mulheres, Lombroso e seu genro, Guglielmo Ferrero, dedicaram a elas seus estudos na obra, *A mulher delinquente*, de 1893 onde,

[...] consolidando o que se vem chamar de teoria atávica, para Lombroso, a mulher seria fisiologicamente inerte e passiva, sendo mais adaptável e mais obediente à lei que o homem. O grave problema das mulheres é que de que seriam amorais. Significa dizer: engenhosas, frias, calculistas, sedutoras, malévolas. Características estas que se não impulsionam as mulheres instintivamente ao delito, fazem-nas cair na prostituição. (MENDES, 2012, p. 46)

Nessa obra, a mulher é apresentada como inferior, menos evoluída, bastante aproximada ao atavismo masculino. Contudo, em razão de outras características, como a frieza sexual, debilidade, insipiência intelectual, piedade, dentre outras, seriam menos propensas ao delito. Por outro lado, os autores fazem uma associação entre prostituição e delinquência, considerando a prostituição um atavismo característico da mulher. Os mesmos consideram, porém, que a prostituição não seria tão prejudicial quanto a delinquência masculina, visto que essa tinha a capacidade de atuar como “válvula de escape” da necessidade sexual do homem, podendo funcionar como meio de prevenção de crimes (MOLINA; GOMES, 2002, p. 191).

⁴ O médico italiano Cesare Lombroso é considerado dentro da história da Criminologia, como o inaugurador da Antropologia Criminal com sua obra *O homem delinquente* de 1876, na qual estabelece, a partir de análise de centenas de autópsias e de criminosos vivos, sua teoria do delinquente nato e do atavismo. Conforme destacado por Pablo de Molina e Gomes (2002, p.191), a principal contribuição da teoria lombrosiana para a Criminologia reside na utilização do método empírico por ele adotado.

Certamente, essas ideias expressas na teoria lombrosiana a respeito da mulher, demonstram o desprezo ao feminino e a estereotipia, que caracterizou toda a trajetória criminológica positivista.

Foi com o advento da Criminologia Crítica ou da Reação Social que tivemos uma mudança de paradigma, não apenas no objeto de estudo da Criminologia, mas também no papel atribuído às mulheres. Se antes o foco era a figura do delinquente em si mesmo, agora o foco centrava-se nos processos de criminalização dos indivíduos em sociedade. Com isso, o objetivo primordial dos pensadores críticos do processo criminológico era de evidenciar a seletividade do sistema penal, admitindo que ele incidia de modo mais contundente sob determinados grupos estigmatizados (CARNEIRO, 2014, p.615).

Nesse sentido, conforme argumentação de Soraia da Rosa Mendes,

Para a criminologia crítica o sistema penal nasce com uma contradição. De um lado, afirma a igualdade formal entre os sujeitos de direito. Mas, de outro, convive com a desigualdade substancial entre os indivíduos, que determina a maior ou menor chance de alguém ser com a etiqueta de criminoso. (MENDES, 2012, p.68)

No que concerne à posição da mulher na análise criminológica, no entendimento de Andrade (2005, p.73), é somente a partir dos anos 80, com as contribuições dos diversos movimentos feministas no pensamento crítico, que foram fomentadas discussões as quais questionavam os tradicionais papéis sociais de recato, docilidade, inferioridade e submissão atribuídos às mulheres, bem como as desigualdades entre esses sujeitos dentro do sistema punitivo do Estado. Com isso, retirou-se da invisibilidade os estudos acerca da criminalidade feminina para evidenciar que o aparato legal e as formas de controle social foram organizados sob a perspectiva masculina e, efetivamente por isso, reproduzem a violência patriarcal e de gênero ao desconsiderarem as demandas e especificidades femininas dentro dos presídios.

No que tange ao proposto neste trabalho, entendemos que a compreensão do atual estado de violação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas está, como pretendemos demonstrar, intimamente relacionada com esse histórico do pensamento criminológico.

Logo, se podemos considerar, conforme Fernando Galvão, que a Criminologia é a ciência que "fornece dados sobre a realidade social e o funcionamento da justiça criminal" e ainda, a partir disso, assegura que a tomada de decisões da política criminal possa "constituir-se no instrumento mais eficaz para a preservação da harmonia social" (2000, p.28-29), evidencia-se a importância de uma Criminologia sensível às pautas femininas dentro dos presídios, de modo que as Políticas Criminais abandonem a tradicional postura negligente e excludente em relação às mulheres.

Após esse brevíssimo panorama teórico dos principais discursos criminológicos ao longo da história, entendemos ter fornecido os elementos basilares sob os quais se assentam as atuais práticas de encarceramento feminino. É, portanto, tendo em mente esta dimensão do lugar (ou não-

lugar) da mulher na Política Criminal que podemos avançar na compreensão das violações aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres dentro do sistema carcerário no Brasil.

2. TRAJETÓRIA FEMININA NAS PRISÕES BRASILEIRAS

As origens mais remotas do aprisionamento, restritamente feminino, no Brasil datam do século XIX. Desde o ano de 1891, a Congregação Bom Pastor d'Angers atuou no âmbito do encarceramento em nosso país, conduzindo a ordem de seu ambiente prisional a partir da separação de homens e mulheres numa época em que não havia nenhuma previsão legal de tal organização.

Com sede na França, na cidade de Angers, esta Congregação⁵ teve como método de atuação, durante seus anos de funcionamento, o assistencialismo. Em um primeiro momento, prestando amparo a pessoas marginalizadas, como crianças órfãs, prostitutas, presos e presas, logo ampliando suas atividades à administração de prisões, colégios, orfanatos e trabalhos de pastoral. Segundo pesquisa de Karpowicz (2016, p.2), esse trabalho assistencial foi exercido pela instituição no seio do cristianismo, ligado diretamente à igreja católica. O intuito do método de disciplinamento nessas casas era buscar a docilidade dos corpos⁶ femininos através da religião e do trabalho, aplicando normas rígidas que impunham tarefas e horários definidos para que as mulheres o realizassem.

A primeira diretriz que versou sobre a separação física de homens e mulheres internos de prisões brasileiras foi o artigo 29, §2º do Código Penal, que vigorou a partir de 1942, como se confere a seguir:

Art. 29. A pena de reclusão e a de detenção devem ser cumpridas em penitenciária, ou, à falta, em secção especial de prisão comum.

[...]

§2º. As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno. (BRASIL, 1942)

Vale destaque a oração final do §2º: diferentemente dos homens presos, às prisioneiras seriam impostas somente atividades intramuros.

⁵ A Congregação Bom Pastor d'Angers foi fundada pela Irmã Maria de Santa Eufrásia Pelletier, que sugeriu também que essas casas fossem difundidas por todos os continentes do mundo e funcionassem em rede, de forma que partilhassem seus recursos financeiros e humanos. Em 1846, Maria Eufrásia adquiriu uma chácara nas proximidades de Angers e este foi o marco inicial da assistência a mulheres presas. Karpowicz (2016, p.9) destaca que, devido ao espaço e às condições materiais proporcionados pela chácara, o local tornou-se uma colônia agrícola que recebeu prisioneiras com o objetivo de ensiná-las o trabalho de campo e dar-lhes uma educação moral e religiosa, intitulando-se Casa de Nazaré. Em 1852, a Casa tornou-se um convento. Em seus aprofundados estudos sobre as instituições da Congregação, Karpowicz (2016, p.9) relata, ainda, que “se espalhou pelo mundo rapidamente, e em 1855 já existiam, somente na França, 29 novas casas e 27 em outros países”.

⁶ A docilidade dos corpos ou corpo dócil são termos utilizados por Michel Foucault em 1975, na primeira publicação de *Vigiar e Punir*. Para Foucault (2014, p.134), “é dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado”.

Atendendo a tal dispositivo, em 1941 instaurou-se o Presídio de Mulheres⁷ nas dependências da Penitenciária do Estado de São Paulo. O primeiro presídio feminino foi destinado aos cuidados das freiras da Congregação do Bom Pastor d'Angers. O Decreto-Lei que versou sobre a criação do presídio estabeleceu, em seu primeiro artigo, que o instituto penal só receberia as presas já condenadas, ou seja, excluía-se aquelas detidas para processo de investigação, em aguardo de julgamento ou que fossem cumprir penas curtas. Estas últimas permaneceriam avulsas, espalhadas por cadeias masculinas e delegacias estatais.

O trabalho das freiras foi orientado pela Congregação desde a inauguração do complexo prisional, mas somente em 1946 foi celebrado um acordo oficial entre a Secretaria de Justiça e Negócios do Interior do Estado de São Paulo e a Congregação de Nossa Senhora de Caridade do Bom Pastor de Angers. O referido documento foi publicado aos 10 de julho de 1946 no DOSP (Diário Oficial do Estado de São Paulo), contendo as condições para que a organização religiosa mantivesse o presídio em funcionamento e delegando às irmãs “o desempenho das tarefas de administração, vigilância das reclusas e execução do regime presidiário” (SÃO PAULO, 1946). Tal contrato marcou a entrega da casa penitenciária às freiras, eximindo o Estado de qualquer obrigação, exceto pecuniária, para com o Presídio de Mulheres.

Pode-se citar outros presídios femininos criados na época, com dinâmica similar ao referido acima: a Penitenciária Feminina da Capital Federal, na cidade do Rio de Janeiro e também em 1941; e a Penitenciária Feminina Madre Pelletier, em Porto Alegre-RS, que recebeu esta denominação em 1970, mas foi inaugurada em 1952 sob o título de Instituto Feminino de Correção.

Em seus estudos, Artur (2011, p.42) considera que para a época, o número de mulheres julgadas e condenadas era muito reduzido e que isto serviu de influência para que o Estado não regulamentasse os recursos penitenciários, especificamente, de forma a atender por completo as necessidades do público feminino recém-chegado às prisões. Nas palavras da autora:

(...) uma mobilização estatal que envolvesse a elaboração de legislação específica, a aplicação de recursos financeiros e a busca por pessoal especializado, com vistas à criação de uma instituição carcerária específica e exclusiva para mulheres, não se justificava apenas numericamente. (ARTUR, 2011, p.42)

Traçado este breve pano de fundo sobre as prisões femininas do Brasil, passamos agora à análise da situação atual dos institutos prisionais, que não é nada contente e agride direta e indiretamente muitas mulheres que foram submetidas a eles. A fatia de maior peso neste panorama remete às influências de uma sociedade permeada por paradigmas de poder e hierarquização dos sistemas, baseados em gênero e sexo/sexualidade.

⁷ O Decreto-Lei nº 12.116 dispôs sobre a criação do Presídio de Mulheres, em 11 de agosto de 1941, publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo.

2.1 Crescente de encarceramentos: nenhuma cama para a dignidade

Contradizendo as estatísticas de baixo fluxo de internas nos primeiros anos de existência do Presídio de Mulheres e demais casas prisionais femininas, no período de 2000 à 2016 (INFOPEN MULHERES, 2017, p.14), a população feminina em cárcere no Brasil teve um crescimento de 656%, chegando a mais de 42 mil. Segundo o mesmo relatório, divulgado pelo Ministério da Justiça, a porcentagem de aprisionamento de homens aumentou 293% no mesmo intervalo de tempo, enquanto o de mulheres cresceu 455% (INFOPEN MULHERES, 2017, p.15).

A mulher brasileira em cárcere traz consigo o seguinte perfil: 62% de negras, também 62% de solteiras, 60% que não possuem formação educacional, além do Ensino Fundamental e 50% que têm entre 18 e 29 anos (INFOPEN MULHERES, 2017, p.38, 40, 43, 44). Importante observar também que 74% delas é mãe, sendo que 37% tem 3 filhos ou mais (INFOPEN MULHERES, 2017, p.52).

A seguir, Juliana Borges nos auxilia na contextualização das estatísticas de encarceramento supracitadas com a situação de vulnerabilidade social de mulheres, tão ávida em nosso país:

(...) o contexto de vulnerabilidades atinge aquelas que têm sido, cada vez mais, as responsáveis pelos cuidados e sustento de seus familiares e a feminização crescente da pobreza. A falta de acesso à educação, acesso à informação, direitos sexuais e reprodutivos garantidos e respeitados, condições dignas de moradia e empregos dignos tem levado estas mulheres a recorrerem a outros escapes para manter a vida de seus filhos, mães e demais familiares. (BORGES, 2018, p.119-120)

Nesse crescente de aprisionamentos, o sistema carcerário não teve condições (ou iniciativas) de adequação. Atualmente, temos estatísticas e relatos de que os presídios femininos estão superlotados, o que acarreta em inúmeros percalços para garantir às presas um mínimo de dignidade e direitos durante a passagem pela prisão. Evocamos novamente os dados do INFOPEN (2017, p.35) para relatar que a taxa de ocupação no sistema prisional, em relação ao gênero feminino, é de 156.7%, o que significa dizer que, 16 mulheres ocupam um espaço destinado a 10. Em relação às exatas 42.355 mulheres presas em junho de 2016, o déficit de vagas totalizava 15.326 (INFOPEN MULHERES, 2017, p.10).

Em pesquisa realizada por Nana Queiroz, que deu origem ao livro “Presos que menstruam” (publicado pela primeira vez em 2015), a autora afirma que, à época, o Presídio Feminino Madre Pelletier acolhia 199 mulheres, sendo que o local é estruturado para receber apenas cem detentas (QUEIROZ, 2016, p.196). Já Debora Diniz, que realizou pesquisa do mesmo cunho que Queiroz, afirma que na Penitenciária Feminina do Distrito Federal havia quase setecentas mulheres presas em 2014, entre provisórias, sentenciadas e em medida de segurança, havendo camas para pouco mais de quatrocentas (DINIZ, 2015, p.12).

Abordando as formas de punição e a evolução dos suplícios, Foucault (2014, p.16) diz que

“o castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos”. Concordamos que, atualmente, a prisão como política pública não tem cumprido com sua função social. Atuando apenas como (um novo) mecanismo de exclusão e privação de direitos, ela falha tanto no atendimento durante a permanência dos condenados em cárcere quanto na (não) tentativa de ressocialização dos egressos. E no caso das mulheres, em específico, torna-se mais um mecanismo institucional sexista de repressão.

Quando se é mulher, a trajetória experienciada atrás das grades é um tanto mais cruel que quando se é homem. A separação dos filhos, a falta de um espaço adequado para receber esses filhos (para convivência, quando recém-nascidos, e para eventuais visitas), o abandono por parte dos familiares e cônjuges, kits de higiene que não suprem as necessidades fisiológicas de mulheres e a exigência de um padrão “feminino” de comportamento (ou seja, resignado), são alguns aspectos peculiares que compõem o requinte da agressão exercida pelo próprio Estado.

A situação de desrespeito no cárcere é uma reprodução do tratamento prestado à mulher fora do âmbito prisional, e fruto de uma construção histórica baseada em dogmatismos produzidos desde os primórdios da Criminologia. Reconhecer as peculiaridades do gênero feminino além das grades é o primeiro passo para permear o sistema prisional brasileiro com dignidade humana e igualdade material.

3. PRISÃO E GÊNERO: UMA RELAÇÃO ANDROCÊNTRICA

Até o momento, não há um pleno consenso acadêmico institucionalizado definindo o marco inicial da discriminação da mulher em virtude de seu sexo. Porém, uma grande parcela de nossa civilização carrega em sua história o patriarcalismo como padrão implícito (e, por vezes, explícito) para organizar seus diversos setores.

Considerada o Outro⁸ em relação ao homem, até os tempos atuais, a mulher ainda não conseguiu atingir uma circunstância de completo exercício de seus direitos como ser humano, nas mais variadas searas da vida social. E esta jornada histórica de desvalorização do gênero feminino por si só corrobora uma cultura que uniformiza os indivíduos, não deixando brechas à experiência feminina.

Como aspectos advindos da cultura das sociedades, o Direito Penal e a Criminologia, em conjunto com a Política Criminal, Processual e Execucional, compõem os cinco segmentos das Ciências Criminais. Apesar de independentes entre si, todos se influenciam, e tudo isso é

⁸ Termo de Simone de Beauvoir, proferido em *O Segundo Sexo* pela primeira vez em 1949. A autora cria a expressão ao falar que “a mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem” (BEAUVOIR, 2016, p.12), e este é posto como ser primário, padrão, o Sujeito perante o Outro, a mulher, a contrariedade que permite que o homem permaneça absoluto.

diretamente instigado pela organização social dos povos.

Levando em conta que 62% das mulheres privadas de liberdade cometeram crimes relacionados ao tráfico de drogas (INFOPEN MULHERES, 2017, p.50), pode-se estabelecer uma relação direta entre a natureza da prisão e a produção de subsistência à família. A situação de vulnerabilidade social da mulher pobre no Brasil desencadeia o envolvimento com o tráfico para compor a fonte de sustento familiar, o que faz com que essas mulheres já vitimizadas pela pobreza se tornem também um alvo da guerra contra as drogas.

A partir de estatísticas e dados oficiais, Olga Espinoza (2004, p.126-127) conclui que, ao longo do curso feminino na criminalidade, houve mudanças na conduta delitiva feminina e que os crimes cometidos por elas não se alocam mais nos denominados “delitos femininos”, que inclui infanticídio, aborto e homicídio passional. Ainda de acordo com Espinoza (2004, p.126-127), a conduta que tem mulheres como sujeito ativo em crimes adquiriu uma conotação alinhada ao que se denomina “criminalidade de pobreza”.

Como pudemos concluir a partir da análise do segundo capítulo deste trabalho, o controle penal sobre a mulher sempre foi direcionado àquelas que não correspondiam a expectativas sociais. A Criminologia, que tem um grande mérito sobre as Políticas Criminais, influenciou os entendimentos antigos e contemporâneos sobre o aprisionamento feminino. Esses entendimentos, inclusive o atual, revelam-se profundamente androcêntricos, antiquados e misóginos, já que o discurso criminológico sempre foi pensado, elaborado e executado por homens, visando a punição de homens. A prevalência da perspectiva masculina em todas as fases da estrutura criminal compõe a totalidade da prisão no Brasil, sem abordar a mulher como sujeito na construção desta história, mas sim como mero objeto que sofre as consequências do que se foi elaborado para protagonistas masculinos.

Podemos perfazer que, até mesmo atrás das grades, a “casta” masculina consegue manter alguns de seus privilégios, já que a Política Criminal (que exerce controle sobre a criminalidade) é informada por subterfúgios da estrutura científica da Criminologia. Passemos agora à análise da infringência aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres pacientes do sistema prisional brasileiro.

3.1 Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres em cárcere

Os direitos sexuais são preceitos que garantem o livre exercício da sexualidade feminina, e os reprodutivos dizem respeito ao livre arbítrio no controle próprio de sua reprodução, “livres de coerção, discriminação e violência”, como define o parágrafo 96 da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher (ONU MULHERES, 1995, p.179). Essas

garantias alocam-se na gama dos direitos humanos das mulheres e dizem respeito à possibilidade do pleno arbítrio para usufruto do próprio corpo, com respeito à integridade, consentimento e responsabilidade pelo comportamento sexual e consequências que isso possa acarretar.

Para quem foi privado de liberdade, o exercício de direitos sexuais e reprodutivos se torna um aspecto mais delicado, já que o encarceramento no Brasil pode ser considerado uma espécie de cerceamento de direitos, tanto para homens quanto para mulheres.

Uma forma de contemplar presidiários com um mínimo de manutenção de intimidade com cônjuges ou companheiros, foi instituir o direito à visita íntima. A Lei de Execução Penal, como direito dos indivíduos “condenados e dos presos provisórios” garante desde 1984 a visita de cônjuge, como se confere a seguir:

Art. 41. Constituem direitos do preso:

[...]

X. visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.
(BRASIL, 1984)

Explicamos o entendimento do dispositivo acima utilizando-nos daquilo que preceitua Nana Queiroz:

Existe alguma discussão sobre o texto, se de fato a “visita do cônjuge” pressupõe a continuidade da vida sexual ou não. Mas, nos presídios masculinos, entendeu-se que, direito ou benefício, a visita íntima deveria ser concedida – afinal, não pensavam em maneiras mais eficientes de conter o “natural instinto violento masculino” do que saciando “o incontrolável impulso sexual intrinsecamente masculino”. Curiosamente, mesmo que a lei não fale de gêneros em nenhum momento desse artigo, a administração penitenciária entendeu que esse era somente um direito dos “condenados e presos provisórios” homens. (QUEIROZ, 2016, p. 232, grifos da autora)

Em março de 1991, o Ministério da Justiça publicou resolução que recomendava que o direito fosse assegurado aos presos de ambos os sexos, mas a visita íntima continuou sendo ignorada nas prisões femininas. Em 1999, a primeira resolução publicada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) versou sobre a regulamentação das visitas íntimas, porém, novamente, as mulheres não foram contempladas com tal “regalia”. Revogou a referida resolução de 1999, um novo documento publicado pelo mesmo órgão no ano de 2011.

Guilherme Nucci (2011, p.995) diz que a visita íntima regula-se, primordialmente, do costume adotado pela direção dos presídios, de forma que não se pode inculir barreiras ao direito com critérios subjetivos ou, por vezes, preconceituosos.

Em 2001, ativistas do Grupo de Estudos e Trabalhos Mulheres Encarceradas encontraram-se pela primeira vez com diretores de unidades femininas, junto aos quais pleitearam a efetivação do direito à visita íntima para as mulheres. Fizeram levantamentos, separaram o local, traçaram as regras. Enfim, o direito a visita íntima dos condenados e presos provisórios mulheres realizou-se em 2002. Ou seja, o princípio constitucional da igualdade, advindo com a Carta Magna de 1988, foi

suprimido pelo sistema prisional brasileiro em relação às mulheres presas por mais de 15 anos neste quesito.

O discurso proclamado pelas autoridades e funcionários das instituições penitenciárias para justificar a desigualdade entre homens e mulheres tem como base argumentos de que a mulher engravida e tem necessidades sexuais diferentes das masculinas, portanto, não necessitaria de relações sexuais (LIMA, 2006, p.11-12).

Drauzio Varella (2017, p. 39) revela que, na Penitenciária da Capital, entre 180 e 200 presas recebem visitas íntimas, menos de 10% do número de mulheres que habitam aquele centro de detenção. Para o médico, as visitas íntimas são de extrema importância para a manutenção dos vínculos afetivos com os companheiros que ficaram lá fora, ademais, podem ser um fator relevante no impedimento da desagregação familiar, chegando a citar até mesmo desordens de cunho comportamental e transtornos psiquiátricos como consequência do isolamento das mulheres, o que torna a ressocialização ainda mais dramática (2017, p. 39).

4. PORQUE UMA CRIMINOLOGIA FEMINISTA?

Antes de mais nada, é preciso que reconheçamos a existência de múltiplas correntes de pensamentos feministas e consideramos que a principal é aquela elucidada por Saffioti (2004, p.58), na qual entende-se que a desigualdade alicerçada no gênero é decorrente da herança patriarcal e esta, por sua vez, pode ser apreendida como um sistema de poder estrutural atuante na sociedade que perpetua a dominação e exploração femininas.

Por esta mesma razão, não há que se falar da Criminologia Feminista como algo acabado e que se impõe para resolver todos os conflitos em política criminal do Estado diante da criminalidade feminina, mas sim, em uma criminologia feminista dentre muitas possíveis.

Como já pontuado neste trabalho, concordamos com a concepção de Soraia Mendes, a qual, ao avaliar o processo histórico da criminologia no tocante às mulheres, salienta que “a criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres. E, ao longo dos tempos, se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens” (2012, p.187). Em outras palavras, as mulheres somente pontualmente foram consideradas no discurso criminológico e, mesmo nesses casos, enquanto variável, uma adaptação, sempre em relação ao padrão masculino.

A crítica feminista atual a esse modelo criminológico é que a perspectiva feminista não deve ser somente agregada, como um ingrediente a mais. É imprescindível uma ruptura radical que nos permita compreender que

Adotar o ponto de vista feminista significa um giro epistemológico, que exige partir da

realidade vivida pelas mulheres (sejam vítimas, réis ou condenadas) dentro e fora do sistema de justiça criminal. Penso que aí está o objetivo maior de uma criminologia feminista, que não tem como ser concebida como “um novo ingrediente” nos marcos do que já foi produzido por outras criminologias (MENDES, 2012, p.188).

A ruptura radical proposta pela vertente feminista na criminologia, ao considerar as realidades vividas pelas mulheres dentro e fora do sistema de justiça criminal, conforme propõe Soraia Mendes, se torna capaz de desnudar e problematizar o duplo controle aos quais estão submetidas as mulheres. De um lado, o chamado controle informal “materializado na família (pais, padrastos, maridos), dele também co-participando a escola, a religião e a moral” e, do outro, o controle formal ou estatal exercido por todo o aparato do sistema de justiça criminal de Estado, seja através dos operadores do Direito, Leis, Ministério Público, Polícia, instituições disciplinadoras, penitenciárias, dentre outros (ANDRADE, 2005, p.97).

Em síntese e retomando a ideia anteriormente exposta, podemos dizer que

Ao trazer a perspectiva das mulheres para o centro dos estudos criminológicos, a criminologia feminista denunciou as violências produzidas pela forma masculina de interpretação e aplicação do direito penal. O sistema penal centrado no ‘homem’ (androcêntrico) invariavelmente produziu o que a criminologia feminista identificou como dupla violência contra a mulher. Em um primeiro momento, invisibiliza ou subvaloriza as violências de gênero, ou seja, as violências decorrentes normalmente das relações afetivofamiliares e que ocorrem no ambiente doméstico, como são a grande parte dos casos de homicídios, lesões corporais, ameaças, injúrias, estupro, sequestros e cárceres privados nos quais as mulheres são vítimas. No segundo momento, quando a mulher é sujeito ativo do delito, a criminologia feminista evidenciou o conjunto de metarregras que produzem o aumento da punição ou o agravamento das formas de execução das penas exclusivamente em decorrência da condição de gênero. (CAMPOS, 2014, p.152)

Conforme já mencionado neste trabalho, as violações aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas compõem, segundo nosso assentimento, esse conjunto de metarregras do qual nos fala Campos, pois representam para essas mulheres um agravamento substancial das condições através das quais ocorrerá a execução das penas, devido às múltiplas consequências que tais violações acarretam para as mulheres, as famílias, os filhos e a sociedade no geral. Assim, essas violações constituem evidências de que as desigualdades de gênero são transpostas para o ambiente carcerário.

Em outras palavras, o sistema de justiça criminal no tocante ao encarceramento feminino, age como instrumento de controle social do tipo formal e, ao adotar práticas que violam os direitos sexuais e reprodutivos das encarceradas, encerram uma compreensão estereotipada e menosprezadora da criminalidade feminina e da mulher que foi, e ainda tem sido, marca característica dos discursos criminológicos e, portanto, das políticas criminais do Estado brasileiro.

Pelo exposto até aqui o que intencionamos tornar claro é que

Ao nos debruçarmos mais atentamente sobre as peculiaridades dos espaços prisionais, notadamente, se o foco do nosso olhar for às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade, iremos observar que as dificuldades são bem mais assustadoras do que podemos

imaginar. O cárcere feminino exprime e revela as desigualdades de gênero presente nos diferentes espaços sociais, mas que ganha maior proporção, se considerarmos as desigualdades sociais, econômicas e étnico-raciais. As mulheres, mesmo representando uma parcela pequena em relação à população carcerária masculina, são tratadas com certa indiferença, para não dizer com inferioridade, uma vez que, no ambiente penitenciário, elas não usufruem equitativamente do atendimento que é dispensado aos homens, que, por sua vez, já é muito precário. (FRANÇA, 2014, p.218-219)

O viés feminista na Criminologia, longe de negar os problemas do sistema carcerário como um todo, para homens e mulheres, como pode parecer num primeiro momento, possui o condão de chamar a atenção para as especificidades que sobrecarregam as mulheres e recrudescem o sofrimento e punição dessa parcela da população cujo histórico de estigmas e desamparos de toda espécie já produzem efeitos nefastos.

Ao trazer à tona a necessidade da elevação das mulheres à condição de sujeito dentro do discurso criminológico e, também fora dele, a Criminologia feminista inflige a devida importância ao debate sobre a autonomia e autodeterminação sexual e reprodutiva imposto/cerceado pelas violações aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas.

CONCLUSÃO

Esperamos ter demonstrado com esse trabalho que, quando o sistema de justiça criminal viola direitos fundamentais e humanos das presas, ou ainda, quando se omite por ausência das políticas criminais penitenciária específicas para as mulheres, contribui e perpetua os diversos estereótipos de gênero construídos ao longo do pensamento criminológico. Especialmente no enfoque dado a este artigo, a saber, as violações aos direitos sexuais e reprodutivos dentro do sistema carcerário, verificamos que a omissão estatal na efetiva implementação de uma política criminal que compreenda a mulher como detentora de direitos humanos e fundamentais, é a principal responsável pela dupla criminalização da mulher no Brasil.

Neste sentido, o conhecimento das práticas do passado e o olhar crítico empreendido pela Criminologia feminista no tocante às especificidades de gênero, desempenha papel fundamental na reversão desse quadro de abusos e arbitrariedades com relação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas.

Por fim, compreendemos que a Criminologia com viés feminista é única que tem se mostrado empenhada de modo decisivo na consolidação de Políticas Criminais humanizadoras e verdadeiramente democráticas, aptas a promover a plena cidadania de homens e mulheres dentro do Estado social de direitos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Revista Sequência. n.50, p.71-102, jul. 2005

ARTUR, Angela Teixeira. **As origens do “Presídio de mulheres” do estado de São Paulo.** Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-31052012-163121/pt-br.php>>. Acesso em: 17 jun 2018

BORGES, Juliana. **O que é: encarceramento em massa?**. Belo Horizonte, MG: Letramento: Justificando, 2018

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dez. de 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 17 jun 2018

_____. Lei nº 7.210, de 11 de jul. de 1984. **Lei de Execução Penal**, Brasília, DF, jul 1984. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 17 jun 2018

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - **INFOPEN MULHERES**. – 2ª ed. – Organização Thandara Santos; colaboração Maria Inês da Rosa [et al.]. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf/view>. Acesso em 12 jul 2018

CAMPOS, Carmem Hein de; CARVALHO, Salo de. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira.** Disponível em:<http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf> Acesso em 12 de junho de 2018

CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. **Em busca dos direitos perdidos: ensaio sobre abolicionismos e feminismos.** Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 15, n. 107, p.605-630, jan. 2014

DINIZ, Debora. **Cadeia: Relatos sobre mulheres.** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo.** São Paulo: IBCCRIM, 2004

FARIA, Thaís Dumê. **A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil.** XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza/CE. 2010

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução: Raquel Ramalhete. – 42ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2014

FRANÇA, Marlene Helena de O. **Criminalidade e prisão feminina.** Revista Ártemis, Vol. XVIII nº 1; p.212-227, jul-dez, 2014

GALVÃO, Fernando. **Política criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. São Paulo: RT, 2002

KARPOWICZ, Debora S. **Prisões femininas no Brasil**: possibilidades de pesquisa e de fontes. In: Encontro Estadual de História da ANPUH-RS: Ensino, direitos e democracia, XIII. Santa Cruz do Sul, RS: 2016. Disponível em: <http://www.eeh2016.anpuh-rs.org.br/resources/anais/46/1469038254_ARQUIVO_ArtigoANPUHRegional-Final.pdf>. Acesso em 16 jun 2018

LIMA, Márcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita**: a mulher no sistema prisional. Tese (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-24032008-085201/pt-br.php>. Acesso em 12 jul 2017

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 2012. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. – 4ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 3ªed. Saraiva. São Paulo, 2013

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2016

ONU MULHERES. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim: 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em 12 jul 2018

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004

SÃO PAULO. Termo de contrato que assinam a Secretaria da Justiça e Negócios do Interior, pelo Departamento de Presídios do Estado, e a Congregação de Nossa Senhora de Caridade do Bom Pastor de Angers, com o fim de estabelecer as condições segundo as quais esta Congregação de Religiosas toma a seu cargo o Presídio de Mulheres, de 12 de junho de 1946. Jusbrasil, Diários Oficiais: **DOSP Diário Oficial do Estado de São Paulo**, ano 56, n. 50, p.10. Publicado em 10 de julho de 1946. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/4038161/pg-10-poder-executivo-diario-oficial-do-estado-de-sao-paulo-dosp-de-10-07-1946/pdfView>. Acesso em: 16 jun 2018

SCOTT, Joan W. **Gênero e história**. México: FCE, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, 2008

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2017

ZAFFARONI, E. Raúl. **A mulher e o poder punitivo**. In: CLADEM. Mulheres: vigiadas e castigadas. São Paulo, 1995

NUMAPE: A LUTA CONTRA O SIMBOLISMO PENAL DA LEI 11.340/2006

Beatriz ABUJAMRA¹
Layana Mara Laiter MARTINS²

RESUMO

Em atenção à recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil, em 2006, sancionou a Lei que seria um marco na luta pelos direitos das mulheres. O que hoje é conhecida como Lei Maria da Penha define a dinâmica de muitos lares do país. Com inúmeras inovações, tal legislação visa coibir e prevenir a violência em âmbito doméstico e familiar contra a mulher. O objetivo do presente artigo é demonstrar que, embora realmente seja um grande avanço, a Lei 11.340/2006, depois de doze anos, mostra-se ineficiente em atingir o verdadeiro problema, qual seja a cultura patriarcal e a mentalidade que mantém o gênero feminino em uma política de hierarquia machista. A intenção é evidenciar o simbolismo por trás da edição deste estatuto que nitidamente desconhece a realidade das mulheres brasileiras. O NUMAPE, pela ótica de política pública, propõe-se a combater a legislação em sua forma simbólica, esclarecendo às vítimas as consequências do processo judicial, acolhendo-as por meio de profissional de psicologia, bem como acompanhando-as durante todos os procedimentos. O método utilizado é o indutivo, que parte dos casos concretos supervisionados pelo NUMAPE a fim de estabelecer um parâmetro geral para outras demandas semelhantes. Os resultados alcançados demonstram que a violência doméstica ultrapassou os limites da naturalidade, sendo encarada atualmente como um sério problema de desenvolvimento humano, porém, somente as políticas públicas que buscam à conscientização da população, com relação ao lugar da mulher na sociedade, são capazes de atingir o verdadeiro problema.

PALAVRAS-CHAVES: Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, Simbolismo Penal, Políticas Públicas, NUMAPE.

ABSTRACT

In response to the recommendation of the Inter-American Commission on Human Rights, Brazil, in 2006, enacted the Law that would be a milestone in the fight for women's rights. What is known today as the Maria da Penha Law defines the dynamics of many homes in the country. With many innovations, such legislation aims to prevent and prevent domestic violence and family violence against women. The objective of this article is to demonstrate that, although it is really a great advance, Law 11.340 / 2006, after twelve years, is inefficient in reaching the true problem, what is the patriarchal culture and the mentality that maintains the feminine gender in a politics of macho hierarchy. The intention is to highlight the symbolism behind the edition of this statute that clearly ignores the reality of Brazilian women. NUMAPE, from the perspective of public policy, proposes to combat legislation in its symbolic form, clarifying to victims the consequences of the judicial process, welcoming them through a psychology professional, as well as accompanying them during all procedures. The method used is the inductive one, which starts from the concrete cases supervised by NUMAPE in order to establish a general parameter for other similar demands. The results show that domestic violence has exceeded the limits of naturalness, and is currently considered a serious problem of human development, but only public policies that seek to raise awareness among the population about the place of women in society are capable of the real

¹ Acadêmica de Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, estagiária bolsista no NUMAPE – Núcleo Maria da Penha, projeto de extensão vinculado à UENP.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, advogada bolsista do NUMAPE – Núcleo Maria da Penha, projeto de extensão vinculado à UENP, pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdência Social pela UNOPAR – Universidade do Norte do Paraná.

problem.

KEY WORDS: Law 11,340 / 2006, Lei Maria da Penha, Penal Symbolism, Public Policies, NUMAPE.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira, como a declaração dos Direitos Humanos são claras ao afirmar que homens e mulheres possuem os mesmos direitos, todavia, o que se observa é que embora existam avanços em relação aos direitos das mulheres, muitos problemas relacionados à efetivação destes ainda persistem.

A violência doméstica assumiu e assume um papel importante na organização social de gênero, a ponto de ser durante muito tempo naturalizada e concebida como integrante legítima da dinâmica de relações entre homens e (suas) mulheres, emergindo muitas vezes quando há quebra de expectativas relativas a papéis e funções de gênero tidas como naturais. (TELES; MELO, 2002, p. 19)

Ocorre, entretanto, que houve intenso fortalecimento dos movimentos feministas, que aumentaram a luta por direitos e passaram a ocupar lugares antes ocupados por homens. Muito embora a emancipação das mulheres, a violência contra elas ainda é corrente na sociedade brasileira.

Neste sentido, diante de um histórico de repressão e da veiculação exaustiva de casos de violência contra a mulher, a sociedade passou a exigir do legislador um aumento no rol de condutas delitivas, sobretudo o rigor das penas aplicadas.

Em uma noite de maio de 1983, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes sofreu o primeiro atentado contra sua vida. Simulando um assalto, seu marido disparou um tiro em sua nuca, que a deixaria paraplégica. Quatro meses depois, seu agressor tentara eletrocuta-la durante o banho.

Neste cenário, sancionou-se a Lei 11.360/2006, “Lei Maria da Penha”, que propiciou o surgimento de um Direito Penal Simbólico, pois embora as medidas protetivas, previstas em lei, possuam aplicação prática efetiva, a referida lei não ataca de maneira direta o problema social, colocando-se como um instrumento simplista na resolução de um problema extremamente complexo que é a criminalidade, sobretudo no âmbito familiar.

Diante do exposto, o presente trabalho busca através de pesquisas bibliográficas, bem como através dos resultados obtidos pelo Núcleo Maria da Penha – NUMAPE/UENP, demonstrar que a simples criação legislativa não é suficiente para combater a violência doméstica.

Para tanto, explicou-se em um primeiro momento o conceito de violência doméstica e sua

relação com o gênero, em seguida, realizou-se uma explanação sobre o conceito de direito penal simbólico e como a lei 11.360/06 pode ser identificada como um simbolismo penal. Por fim, abordou-se a questões das políticas públicas e a atuação do NUMAPE no enfrentamento da violência doméstica.

1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Em conceito genérico, a palavra violência tem origem etimológica no latim *violentia*, ligado ao verbo *violare*, em que *vis* remete à força, ímpeto, potência. Em regra, a violência é tornar agressivo o processo de coação, obrigando algo ou alguém a curvar-se perante a vontade do agressor.

Para Émile Durkheim (1987) as relações interpessoais são contaminadas de violência, devendo existir normas que a limitem. A Lei 11.340/06, criada com o objetivo de restaurar a cidadania feminina, retirou do conceito geral de violência uma espécie exclusiva, determinada logo no artigo 1º do estatuto³, qual seja a violência contra a mulher.

Estruturada sobre a interpretação das questões de gênero, a Lei Maria da Penha ressignifica o conceito de violência há muito naturalizado no país. Levando à reflexão as suposições de que sua prática pode ser justificada pela inconstância emocional, personalidade agressiva, superioridade física, drogadição ou alcoolismo, mesmo sendo estes fatores que se adicionam às dinâmicas culturais que dão base aos comportamentos violentos. (LOPES; et al., 2016).

Sob tal perspectiva, conceitos como “violência doméstica” e “gênero” devem ser trabalhados pela ótica da igualdade entre homem e mulher, colaborando para a construção de um novo paradigma de enfrentamento.

O artigo 5º⁴ da referida Lei, busca conceituar a expressão “violência doméstica e familiar”, entendendo ser a agressão (ação ou omissão), contra a mulher (vítima certa), baseada no gênero

³ Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

⁴ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

(finalidade), em determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade).

A Convenção de Istambul do Conselho da Europa (2014) - o mais abrangente tratado internacional a versar sobre a matéria, define violência doméstica contra a mulher como:

[...] qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação ou qualquer outro meio, a qualquer mulher, e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais.

Percebe-se que manter a mulher em papéis estereotipados ligados ao seu sexo, é, na maioria das vezes o motivo da violência, haja vista o agressor objetifica-la a ponto de a opressão acontecer pela ausência de serviços domésticos, autonomia na hora de se vestir ou ciúme por contato com outras pessoas.

A dificuldade de definição consiste em ser a violência no âmbito doméstico e familiar banalizada por grande parte da sociedade, que acredita veemente ser esta um sinônimo de agressão física, sendo considerada apenas em sua forma mais ostensiva. Ataques verbais, ofensas ao patrimônio da mulher ou opressões, popularmente não são consideradas formas de violência.

A correta conceituação de violência doméstica é de extrema importância social. Para Maria Berenice Dias (2015) embora não seja a Lei a via adequada para emissão de conceitos, acertou o legislador ao linear os contornos do delito e determinar suas formas e âmbito de ocorrência, pois foi a vasta ignorância popular que acabou por condenar tal crime à invisibilidade.

Meio a intensa crítica doutrinária, o conceito legal de violência doméstica é tido como lamentável por ser a Lei Maria da Penha extremamente aberta. Apesar das críticas, o crime pode ser enquadrado como violência doméstica quando suprir conjuntamente os requisitos dos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/06.

A agravante inserida no Código Penal [...] tem limitado o campo de abrangência, pois restringe a violência contra a mulher na forma da lei que a especifica. [...] De qualquer modo, para se chegar ao conceito de violência doméstica é necessária a conjugação dos arts. 5º e 7º da Lei Maria da Penha. Deter-se somente no art. 5º é insuficiente, pois são vagas as expressões: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero”; “âmbito de unidade doméstica”; “âmbito da família” e “relação íntima de afeto”. De outro lado, apenas do art 7º também não se retira o conceito legal de violência contra a mulher. A solução é interpretar os arts 5º e 7º conjuntamente para, então, extrair o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ou seja, violência doméstica é qualquer das ações elencadas no art 7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticada contra a mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva. (DIAS, 2015, p. 51)

Conceituada corretamente a violência doméstica e familiar e estabelecidos os parâmetros legais, faz-se mister em um segundo momento, levar a discussão ao âmbito do gênero.

1.1 Uma questão de gênero?

Com relação a Lei 11.340/06, denota-se que o artigo 5º é taxativo ao definir que apenas se configura a violência doméstica e familiar contra a mulher, a ação ou omissão “baseada no gênero”. Desta forma, interessa-nos conceituar corretamente a palavra “gênero” e saber discernir quando as agressões possuem fundamento na condição de ser mulher.

A definição de gênero teve um papel fundamental no processo de criação da Lei Maria da Penha, conferindo complexidade àquilo que é tido como simples pela sociedade, “uma vez que sedimentou o entendimento das violências para além do campo jurídico”. (LOPES; et al., 2016, p.177)

Importante destacar que “gênero” não é sinônimo de “sexo”, pois como define Isabel Jaramillo, sexo é a palavra geralmente utilizada para fazer menção às diferenças biológicas relacionadas com a reprodução e demais características físicas e fisiológicas dos seres humanos. Gênero, por outro lado, se refere às características que são socialmente atribuídas às pessoas de um sexo e de outro. Os predicados de gênero são femininos e masculinos. Enquadram-se como predicados femininos a delicadeza dos comportamentos, a ausência de violência, o altruísmo, a vocação para atividades domésticas, a menor capacidade de abstração e a beleza. Por oposição, como masculinos são considerados a violência, a brutalidade, o egoísmo, a competitividade, e maior capacidade de abstração. (JARAMILLO, 2000, p.105)

Admitindo uma base feminista e histórica, o artigo 5º da Lei 11.340/06, permitiu a interpretação da violação dos direitos humanos das mulheres no âmbito doméstico sob a ótica de uma dinâmica de poder que definiu os papéis impostos a homens e mulheres dentro da sociedade, o que nos remete a uma violência de gênero, visto que se relaciona com padrões de crença sobre lugares e papéis sociais decorrentes deste. Conclui-se, deste modo, que a violência de gênero é aquela que tem por motivo o não cumprimento de uma determinada expectativa social:

Na contemporaneidade brasileira, ainda subsiste uma forte concepção machista no que tange às questões de relações de gênero, tanto que o gênero feminino é marcado por subordinação da mulher ao marido e a dedicação à prole. Por exemplo, se a mulher transgredir quaisquer destas regras, seguindo a concepção machista, o marido pode puni-la, para que ela aprenda o seu papel social. Neste caso estaríamos diante de uma violência de gênero propriamente dita. (SANTOS; SANTOS, 2014, [n.p])

Nas palavras da feminista brasileira Heleieth Saffioti (2004, p. 81) a violência de gênero “não ocorre aleatoriamente, mas deriva de uma organização social de gênero, que privilegia o masculino”.

Neste contexto, observa-se que muito embora tenha ocorrido significativas mudanças no âmbito civil, com o advento do Código Civil de 2002, afirmando a igualdade de direitos entre os cônjuges, não ocorreram mudanças no papel social das mulheres e os valores de submissão e passividade feminina acabaram por perdurar, o que pode e deve ser entendido com uma anuência

velada aos homens para que tivessem direitos totais sobre as mulheres ao seu redor, tornando a violência contra a mulher um caso privado e naturalizado.

Observa-se ainda que o fenômeno não atinge a um grupo isolado de mulheres, mas a todas, independentemente de classe social, raça ou religião, o que reforça a ideia de que a violência é propagada em decorrência das diferenças de gênero.

Flávia Birolli (2010, p. 51) defende que no debate contemporâneo sobre justiça, a esfera doméstica, sobretudo as relações familiares, é tomada como dimensão das relações sociais às quais os princípios da justiça não se aplicam, já que nelas predominaria o afeto.

Entende-se, portanto, que por questões históricas e culturais, o gênero é um fator determinante nas relações sociais, sendo a principal razão da violência doméstica. Com efeito, conclui-se que a violência de gênero é, pois, um tema com elevado grau de complexidade, tendo em vista que é fortemente marcada por uma elevada carga ideológica e inserida em um contexto social que enaltece as desigualdades já mencionadas.

Em razão disto, fundado na necessidade de interferência do Estado na vida privada almejando a garantia de dignidade, cidadania e mesmo da integridade física das mulheres, originou-se a inovação legislativa que as protegesse.

2 DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Mesmo após a vigência da Lei 11.340/2006, os índices de violência doméstica não diminuíram, nos levando a crer que, embora o legislador tenha criado mecanismos mais rígidos - em decorrência de forte protesto nacional e internacional, ela não atinge diretamente o problema social, qual seja o pensamento enraizado com relação aos papéis sociais atribuídos aos homens e às mulheres.

O Direito Penal se presta a reprimir as ilicitudes, sendo considerado a *ultima ratio*. Reveste-se, portanto, de um símbolo para refletir o ideal de proteção ao mais fraco. Ainda assim, é legítimo quando atende aos princípios penais fundamentais e busca atingir a finalidade da pena. Segundo Paulo Queiroz (2008, p.51), “o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão e uma falsa impressão de segurança jurídica”.

Ocorre que, a não observância dos princípios, dos verdadeiros objetivos criminológicos da pena – retribuição, prevenção e ressocialização, a ausência de efeitos práticos e a garantia de uma aplicação coerente tornam a norma inefetiva, trazendo literalidade ao simbolismo penal, deixando os dispositivos vazios, exibindo o nítido condão ilusório de resolver questões como a criminalidade.

Acerca do tema, o professor Eugênio Raúl Zaffaroni (2006, p. 96), leciona:

É lógico que a pena, ainda que cumpra em relação aos fatos uma função preventiva especial, sempre cumprirá também uma função simbólica. No entanto, quando só cumpre esta última, será irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento para a sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em si, “coisifica” um homem, ou, por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos.

Neste contexto, fim simbólico seria aquele pelo qual não se objetiva, através do instrumental punitivo do Estado, a resolução efetiva de conflitos de interesses sociais ou a tutela real de bens considerados relevantes para a sociedade. (ANJOS, 2007)

Ao buscar apenas a satisfação e anseios sociais, o Direito Penal corre o risco de se tornar um instituto completamente desacreditado, pois o rigor das penas não possui – necessariamente – poder para atacar a criminalidade.

Deveras, a própria estruturação do Direito Penal simbólico contrasta ao nosso modelo constitucional. E, embora o legislador possua consciência de que um dispositivo que não atenda os princípios fundamentais, incluindo a justa finalidade da pena, não apresente eficácia real, a sede de permanência no poder supera a necessidade de elaboração de leis eficazes.

Neste contexto “do mau uso do símbolo penal, surge uma série de equívocos e incongruências legislativas, [...] imprimindo na população a necessidade de enrijecimento do sistema, sem se preocupar em solucionar verdadeiramente o problema da criminalidade. (SANTOS; SANTOS, 2014, [n.p])

O Direito Penal utilizado meramente como símbolo deturpa os objetivos da tutela penal, não observando princípios como o da intervenção mínima, já que busca enrijecer a legislação apenas para dar a ilusão de proteção às pessoas. Camuflando assim a verdadeira criminalidade.

2.1 Direito Penal Simbólico no âmbito da Lei 11.340/06 – Aspectos de inefetividade

No que se refere a consolidação de um suporte axiológico-jurídico a ratificação de Convenções e Tratados Internacionais, a partir da década de 80, permitiu ao Brasil avançar com relação aos direitos de proteção à mulher. Porém, não foram suficientes para atender a forte onda ideológica feminista que invadia o país. Em agosto de 2006 foi promulgada a “Lei Maria da Penha”, em atenção a uma orientação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ao forte clamor social da história da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que além de agressões sofreu duas tentativas de homicídio de seu marido.

A Lei 11.340/06, embora sustente a coibição e prevenção da violência doméstica, depois de 12 anos não foi eficiente em reduzi-la, deixando latente seu caráter simbólico que objetiva apenas a sensação de segurança popular.

Pontuou-se, outrora, a oportuna estruturação da lei em três diferentes dimensões – penal,

nominativa e preventiva – esclarecendo que, para além de fortalecer o controle sobre as práticas violentas, a Lei Maria da Penha também instituiu importantes mecanismos preventivos (como as conhecidas medidas protetivas) e, acima de tudo, nomeou a violência como uma forma de violação dos direitos humanos das mulheres, bem como uma questão de gênero. (LOPES; et al., 2016, p. 176)

Ocorre que, em análise pragmática, percebe-se que, embora a Lei seja considerada um grande avanço na proteção das mulheres, seus efeitos não trazem melhorias ou resultados efetivos para o dia a dia das vítimas.

O número de mulheres que reatam seus relacionamentos por estarem presas ao ciclo da violência, é alarmante. Ainda assim, a decisão de manter seu agressor por perto, deve ser respeitada e trabalhada através de uma política de enfrentamento.

Em um primeiro momento não se deve esquecer que a violência doméstica não atinge apenas a mulher. “Pensando na família como um grupo de convivência, é impossível isolar qualquer um de seus integrantes do impacto que a violência e/ou conflitos exercem sobre o conjunto.” (MUSZKAT; et al., 2008, pag.38)

Seguindo tal lógica, uma das mais fortes críticas à Lei Maria da Penha são suas penas de prisão que não ressocializam os agressores e ainda excluem o pai do convívio familiar, para onde, na maioria das vezes, vai retornar quando for solto, sem nenhuma mudança na mentalidade patriarcal, nenhum tratamento psicológico e nenhum resultado concreto.

Excluir o pai da convivência familiar como forma de solução do problema da violência de gênero, sem realizar uma conscientização do mesmo de que o respeito mútuo deve imperar na família e sem concretizar medidas de prevenção que evitem a reincidência, traz danos à estruturação da família e pode levar, inclusive, os filhos a constituírem suas famílias baseando-se naquilo que aprenderam durante a vida, a violência. (SANTOS; SANTOS, 2014, [n.p])

Ainda pior, são as consequências da má aplicação da pena em caráter simbólico. Nos casos de violência praticada entre um casal, desenvolve-se nos filhos a falsa percepção de que a violência é uma forma de comportamento interpessoal legítimo e aceitável. “Por assimilação dos comportamentos dos modelos, serão por eles internalizados e praticarão, no futuro, a violência que aprenderam com os pais”. (FIORELLI, 2009, pag. 275)

Neste contexto, embora seja uma legislação direcionada às mulheres, o objetivo da pena deve sempre ser considerado com relação a todo o restante da família, principalmente nos casos em que o relacionamento continuará após o agressor ser solto.

Outra dura crítica a legislação é que, embora a Lei 11.340/2006 tenha instituído os JVDfMs (Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar), não impôs suas instalações. Em que, na ausência dos juizados especializados as causas devem ser remetidas às Varas Criminais, atribuindo-se a estas as competências cíveis e criminais.

“Aos JVDFM’s, foi atribuída competência para o processo, o julgamento e a execução [...] (art 14). As Varas Criminais dispõem de competência tão só para o processo e julgamento dessas causas (art. 33). A diferença é significativa. (DIAS, 2015, pag. 92-93)

O déficit das implementações dos JVDFMs aumenta a insegurança quanto a efetividade do restante dos dispositivos trazidos da Lei Maria da Penha. Direcionados à análise de uma Justiça Comum, abarrotada de outros casos, as demandas de violência doméstica não recebem a atenção que deveria ser dispendida segundo a Lei.

Ainda, não é raro encontrar comarcas que desrespeitam o contido no artigo 28⁵. O termo “garantido”, deixa bastante claro não ser uma questão discricionária. Toda mulher tem direito a um advogado que a atenda de forma humanizada, isso já na audiência preliminar, prevista no artigo 16⁶.

Ressalta-se a importância da assistência jurídica para as mulheres, dando-lhe condições de entender todo o processo e “ter a oportunidade de se sentirem menos vulneráveis às argumentações utilizadas pela defesa dos agressores [...]. O conhecimento dos trâmites permite uma decisão informada e autônoma pelo próprio destino.” (LOPES; et al., 2016, p, 185)

Uma questão, bastante polêmica, e trazida como inovação pela Lei 11.340/06, são as medidas protetivas. Ocorre que, na prática, a mulher que procura uma delegacia para denunciar seu agressor e requerer as medidas deverá esperar o prazo de 48 horas, segundo o artigo 12, III. Nesse interim, se o município ou o Estado não possuem casas de abrigamento, se – o que ocorre com frequência – a vítima não tem família ou não conta com o apoio desta, tem filhos, não tem renda, para onde ela vai? Ela retorna ao lar, ficando completamente à mercê de seu agressor.

Além disso, quando deferidas, como fiscalizar se o autor das agressões está cumprindo o que determinam as medidas protetivas? Questões como estas, evidenciam que o Juízo está totalmente alheio a realidade da vítima.

Um complicador na discussão sobre violência contra a mulher é que os fenômenos de agressão não são únicos nem correspondem a dinâmicas simples ou idênticas para todos os casos. A percepção de que certos comportamentos públicos masculinos agora são inaceitáveis, como cantadas e insinuações, continua convivendo com a violência a portas fechadas onde o agressor é o “conhecido” marido, ex-cônjuge, pai, irmão ou vizinho (61% dos casos de violência conforme a pesquisa). Os padrões são complexos e os enredos são suficientemente sofisticados e criativos a ponto de justificar a ilusão de que o pai extremoso, o marido arrependido, o trabalhador honesto não pode ser tão “mau” a ponto de bater na mulher até tirar sangue ou quebrar um membro. Ele está desempregado, é só quando bebe, ele vai melhorar. O fato é que, sob a expressão violência contra a mulher, encontram-se variadíssimas dinâmicas e formas de agressão e o próprio movimento de mulheres e os sistemas policiais de proteção às mulheres às vezes têm dificuldade de entender que a Lei Maria da Penha foi um avanço extraordinário em termos simbólicos para

⁵ Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

⁶ Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

toda a sociedade, mas também foi um complicador para mulheres que - em vez de punir, punir, punir - querem restaurar suas relações. Querem que a violência cesse, mas não querem se separar de seus companheiros. (RAMOS, 2017 p. 23)

Conclui-se, portanto, que, apesar do avanço, a Lei 11.340/06 está longe de resolver o problema da violência doméstica, tratando-se de mero simbolismo penal. Em certos casos, chega até mesmo a atrapalhar o convívio familiar, quando a mulher resolve dar continuidade no seu relacionamento. É certo que se a mentalidade social não for tratada, a violência em razão do gênero nunca será reduzida.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo dados da pesquisa Visíveis e Invisíveis: a vitimização de mulheres no Brasil, realizada no ano de 2017, pela Datafolha a pedido do Fórum de Segurança Pública, para 73% da população a violência contra a mulher aumentou nos últimos 10 anos.

A percepção está ligada ao acesso à informação. Além destes dados, é possível afirmar que a cada dois minutos uma mulher é espancada no Brasil. São informações como essa que permitem afirmações de que a violência de gênero não diminuiu no país e que a Lei 11.340/2006 é meramente um símbolo penal.

De acordo com o artigo 3^o da Lei Maria da Penha somos todos responsáveis por criar as condições necessárias ao efetivo exercício dos direitos humanos das mulheres. Sendo assim, deve o Estado se valer de políticas públicas⁸ para assegurar o pleno desenvolvimento de mulheres, sem que estas cresçam com medo da violência de gênero.

[...] essa política deve consistir em um “conjunto articulado” de ações, ou seja, um integração das ações do poder público envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como de ações a serem desenvolvidas no âmbito da sociedade, ou seja, em âmbito não-governamental. Até agora o que se vê são ações desordenadas levadas a efeito por entes da Administração Pública, principalmente em nível municipal, de forma isolada, assim como diversas ações de organizações não-governamentais (ONGs), mas sem que exista uma política em nível estatal, visando integrar tais ações, para torna-las mais abrangentes, assegurar a sua continuidade, aferir a sua eficiência e garantir a sua efetividade, sem desperdício de tempo e dos já escassos recursos a ela destinados. (SOUZA, 2007, p. 55-56)

O Paraná, segundo o Mapa da Violência de 2012, é o terceiro estado brasileiro com maior índice de assassinatos de mulheres. Talvez por isso, é um dos estados que mais investe em políticas

⁷ Art. 3^o Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. [...] § 2^o Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

⁸ Por políticas podemos entender o conjunto de atividades e programas desenvolvidos pelo Estado no intuito de efetivar os direitos sociais. “A escolha das políticas públicas e de seus objetivos é discricionária dos poderes legislativo e executivo.” (J. NETO, 2009, p. 62), cabendo ao judiciário o controle e fiscalização, bem como a elaboração dos objetivos.

públicas que desenvolvem o enfrentamento a violência contra a mulher.

O programa Patrulha Maria da Penha é coordenado pela Secretaria da Mulher e o Tribunal de Justiça do Paraná. Uma iniciativa da cidade de Curitiba⁹, o projeto conta com a Guarda Municipal para monitorar os casos denunciados de violência doméstica, acompanhando as mulheres que já possuem medida protetiva, efetuando inclusive a prisão em flagrante dos agressores quando do descumprimento.

A Casa da Mulher Brasileira é um centro integrado que contém todos os serviços necessários à mulher em situação de violência, tudo em um mesmo endereço. A delegacia da mulher, núcleos especializados da Defensoria Pública ou Núcleos de Prática Jurídica, o alojamento de passagem, brinquedoteca, serviços de psicologia e serviços sociais. Esta, porém, é uma realidade encontrada apenas em grandes centros. É raro encontrar no interior uma casa de abrigo destinada apenas a este fim.

Campanhas como o “Busão sem Abuso” e “Mulheres Incompartilháveis”, são exemplos de ações que permeiam o Estado. Através delas, encontramos muitas vezes um resultado mais palpável que as penas aplicadas pela Lei.

A pergunta que deveríamos fazer – ao verificarmos que mais de metade das mulheres agredidas (52%) relata não ter feito nada após a agressão – como especialistas em segurança é: estamos usando todas as ferramentas disponíveis para criar alternativas para as dinâmicas complexas de violência contra a mulher? Será que não estamos “entregando” os destinos das mulheres vítimas apenas à Polícia e à Justiça tradicionais? Por que temos usado tão pouco círculos de Justiça Restaurativa e dinâmicas de Mediação de Conflitos? (RAMOS, 2017, p. 23)

Diante dos resultados apresentados pelas campanhas e programas desenvolvidos através de políticas públicas, constata-se que no atual momento social, somente isso reduzirá a violência de gênero que ocorre no âmbito doméstico. É preciso que a cultura do machismo seja modificada, até que o agressor entenda que a mulher não é uma propriedade, ou mesmo um animal que deve ser marcado para aprender uma lição. É preciso que as mulheres tenham espaço para exercer a autonomia que possuem, de fato, dentro de casa.

Uma das iniciativas da Secretaria de Estado, Ciência e Tecnologia do Paraná, foi, em parceria com o Programa Universidades sem Fronteiras, a criação do NUMAPE – Núcleo Maria da Penha, que tem como objetivo precípuo a orientação jurídica e psicológica da mulher que se encontra em situação de violência, de forma gratuita.

3.1 NUMAPE

⁹ De acordo com o Mapa da Violência de 2012, Curitiba era a quarta capital brasileira com maior índice de violência contra a mulher. Após a implementação de várias políticas públicas desenvolvidas em âmbitos Estaduais e municipais, a capital ocupa agora, segundo pesquisa do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), a 18ª posição.

O Núcleo Maria da Penha – NUMAPE, é um projeto de extensão de iniciativa da Secretaria de Estado, Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Estado do Paraná, vinculado ao programa Universidade sem Fronteiras. O objetivo do projeto é prestar auxílio jurídico e psicológico gratuitos às mulheres em situação de violência.

O primeiro NUMAPE está ligado à Universidade Estadual de Londrina, em 2013, e hoje possui em média 50 atendimentos por dia. Em 2015, devido aos bons resultados do projeto, o NUMAPE foi vinculado também à Universidade Estadual de Maringá. O Núcleo em Guarapuava foi atrelado à Unicentro, mas dessa vez ao Departamento de Comunicação Social, ampliando os objetivos do projeto, o NUMAPE – Florescer, tem por finalidade o desenvolvimento de material gráfico para a conscientização popular da violência contra a mulher.

Finalmente, em 2018, o Núcleo Maria da Penha chegou a cidade de Jacarezinho, através da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Com duas advogadas bolsistas e duas estagiárias de Direito, o projeto presta o acompanhamento jurídico, desde o inquérito ao deferimento das medidas protetivas, até às audiências, esclarecendo à mulher em situação de violência todos os atos processuais e suas consequências. Por se tratar de um núcleo multidisciplinar, conta ainda com uma bolsista formada no curso de psicologia que acolhe a vítima até que esta esteja fortalecida para continuar o tratamento psicoterapêutico em uma Unidade Básica de Saúde em seu bairro, através de encaminhamento do NUMAPE.

No mês de junho de 2018, o NUMAPE – UENP, contava com mais de 120 processos e, através de importante parceria com a Vara Criminal de Jacarezinho, o Núcleo é intimado judicialmente para atender o disposto no artigo 16, da Lei 11.340/06, acompanhando e orientando a mulher em situação de violência doméstica sobre todas as consequências de uma possível retratação – nos casos de ação penal condicionada a representação - ou até mesmo do prosseguimento do feito.

A partir deste ato, a parte é convidada a comparecer ao Núcleo para um acolhimento psicológico, dando início a um efetivo acompanhamento pelo projeto.

Embora seja o NUMAPE uma iniciativa brilhante e extremamente necessária, percebeu-se, através dos atendimentos grande descrédito da Lei por parte das vítimas, que na maioria das vezes não se sente apoiada e nem mesmo protegida pelos mecanismos inovadores trazidos pelo diploma.

G. P.¹⁰, 38 anos, empresária, foi casada com J.G, 59, durante 15 anos e em decorrência do vício do ex convivente em cocaína, G.P, enxergou-se em um ciclo de violência que parecia nunca ter fim. “Cheguei a encontrar droga no vão do sofá onde nossa filha assistia desenhos”.

Uma noite, enquanto voltava da casa de um colega de faculdade, G.P. percebeu que estava sendo seguida pelo ex convivente, este jogou seu carro contra o veículo dela na principal avenida da

¹⁰ As identidades das vítimas assistidas pelo NUMAPE serão mantidas em sigilo.

cidade, fazendo-a parar. Quando ambos desceram do carro, J.G despiu sua companheira no meio da rua, na frente de estranhos, cheirou-a e introduziu seus dedos na vagina dela, procurando indícios de relações sexuais. Após tal brutalidade, agrediu-a fisicamente e deferiu-lhe diversas injúrias. “Ele dizia que eu tinha a *buceta* fedida porque sou morena”. G.P denunciou seu agressor diversas vezes, e este descumpriu todas as medidas protetivas deferidas pelo Juízo.

Quando questionada se se sentia protegida pela Lei, G.P respondeu: “Ele ri, diz que Maria da Penha é coisa de novela. Se valesse de alguma coisa ele não estaria solto”.

Essa é apenas uma de muitas histórias em que as mulheres se veem decepcionadas com a Lei 11.340/06 que, no caso mencionado, não foi eficiente nem mesmo para cessar o constrangimento diário da vítima.

Para V.L.M.S, empresária, 42, que decidiu reatar o relacionamento com seu agressor, a Lei Maria da Penha apenas serviu para interferir em seu casamento, pois a sombra de uma ação penal incondicionada pairava sobre ambos, causando brigas e discussões.

Em contrapartida, A.M.S, 38, acredita que as medidas protetivas deixarão seu agressor distante de sua família. Viciada em craque e garota de programa, A.M.S, afirma que foi seu ex convivente, A.L.O, que a afundou na vida. “Ele me levava no posto, e me esperava fazer o programa. Ele pegava o dinheiro e só me dava o suficiente para comprar droga”.

Histórias como essas permeiam o Núcleo Maria da Penha diariamente. Em um primeiro momento as mulheres atravessam uma entrevista com as advogadas para que estas analisem todas as medidas necessárias. A psicóloga acompanha a vítima para evitar a repetição de fatos que muitas vezes se tornam traumáticos. Após, figurando como assistentes de acusação, as advogadas trabalham de acordo com a vontade da vítima, respeitando uma possível retratação, mas sempre buscando a eficiência da legislação dentro das escolhas da mulher.

Verificou-se a partir de tantos casos, a necessidade de trabalhar questões como gênero, feminismo e violência doméstica através de um viés de conscientização. Projetos foram desenvolvidos para tratar do tema, como a intervenção no comércio de Jacarezinho como a campanha “Mulher é ser Humano”. Outra importante iniciativa foi o desenvolvimento da Corrida “Mulheres na política”, que reuniu mais de 200 pessoas em prol da causa e a arrecadação de quase 300kg de alimentos, doados para a COFADD – Comunidade Feminina de Assistência às Dependentes de Drogas. Através de uma ótica mais lúdica e dinâmica o trabalho do NUMAPE com as escolas da região é bastante estreito. No colégio “O Caminho”, de Cambará, a gincana de relacionamentos saudáveis permitiu a abordagem de questões como o uso do celular e namoro, ciúmes, redes sociais e sexo.

Tornou-se evidente que o desenvolvimento de Políticas Públicas possui maior capacidade de

atingir o problema que origina a violência doméstica. Os resultados apresentados pelo NUMAPE-UENP têm sido satisfatórios na mudança de vida das mulheres que se encontram em um ciclo de violência, mas que sozinhas nunca conseguiram enfrentar seus agressores.

CONCLUSÃO

Através do desenvolvimento do presente trabalho, foi possível concluir que as relações domésticas possuem dinâmicas peculiares, que, se não levadas em conta no momento da aplicação da Lei 11.340/2006, esta pode se tornar danosa ao contexto familiar.

Por meio da análise dos casos do Núcleo Maria da Penha, o NUMAPE-UENP, verificou-se o descrédito por meio das vítimas com relação a Lei 11.340/2006. É nítido que ao sancioná-la o governo buscou muito mais atender ao clamor social que ao problema em si, qual seja a cultura patriarcal e o pensamento machista de posse sobre as mulheres, acreditando que através da força podem fazê-las curvarem-se ao estereótipo social imposto ao gênero feminino.

Embora seja tratada como um grande avanço na luta pelos direitos humanos das mulheres, a Lei Maria da Penha muitas vezes, senão na maioria delas, não atinge sua finalidade de coibir e/ou prevenir a violência doméstica, tratando-se de mero simbolismo penal. Ao aplicar a pena ao agressor, o juízo, que desconhece a realidade das mulheres brasileiras, afasta o pai de sua responsabilidade paternal ou ainda, torna inviável a conciliação do casal perante uma autoridade judiciária, dada a ausência dos Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar na maioria das comarcas.

A escassez de políticas de abrigamento torna-se um poderoso óbice à denúncia de mais da metade das mulheres em situação de violência. Sem ter para onde ir, sem saber se a Lei trará resultados satisfatórios, muitas vezes sem renda e com filhos, a mulher se vê atada a uma cruel realidade.

Conclui-se, que diante do simbolismo da Lei Maria da Penha, a melhor saída para alcançar resultados suficientemente eficazes para reduzir os índices de violência no âmbito doméstico e familiar é o desenvolvimento de Políticas Públicas que trabalhem questões como gênero e feminismo, a fim de esclarecer para a população brasileira qual o real lugar da mulher na sociedade e mostrar que não são objetos que podem ceder diante da força sempre que não se encaixarem diante de um estereótipo preestabelecido em decorrência de seu gênero.

O NUMAPE é um dos projetos desenvolvidos pelo estado do Paraná que visa a prestação jurídica e psicológica à mulher em situação de violência. Ciente de que as questões relativas às agressões sofridas dentro do âmbito familiar perpassam os limites de um processo judicial o Núcleo oferece total atenção e acolhimento psicológico, a fim de fortalecer as vítimas e prepará-las para o

preconceito e todas as dificuldades que se seguem à denúncia.

Com resultados satisfatórios, trazendo uma mudança real na vida das mulheres em situação de violência, o NUMAPE é um exemplo de solução para o simbolismo que carrega a Lei 11.340/2006, visando o acesso à informação de homens e mulheres que já agrediram ou sofreram determinada agressão dentro de casa, formando cidadãos mais conscientes.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Direito penal simbólico e finalidade da pena**. Boletim do IBCCRIM, n. 171, fev. 2007. Disponível em:

<http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/3369-Direito-penal-simbolico-e-sinalidade-da-pena>. Acesso em: 28 jun 2018

BIROLI, Flávia. Gênero e política no noticiário das revistas semanais brasileiras: ausências e estereótipos. **Cadernos Pagu**. nº 34. 2010 jan/jun. p 269-299.

BRASIL. **Lei 11.340/2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília. 2006.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção de Istambul**. Convenção do conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica. Istambul, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 4ª ed. 2015.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 13ª ed. São Paulo: Nacional, 1987.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Tagazzoni. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009.

J. NETO, Nagib de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2ª ed. São Paulo: Ed. PodiVum; 2009.

JARAMILLO, Isabel Cristina. **La crítica feminista al derecho**. In: WEST, Robin. Género y teoría del derecho. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

LOPES, Adriana Galvão; MACHADO, Isadora Vier; VENÂNCIO, Karen Eduarda Alves; LESSA, Letícia de Matos. Lei Maria da Penha: a importância das políticas de abrigamento no contexto de enfrentamento às violências contra a mulher. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Unjuí. Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Unjuí. Ed Unjuí. Nº 7. Jan/jun. p.172 – 199. 2016.

MUSZKAT, Malvina E; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra; MUSZAKAT, Susana. **Mediação familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero**. São Paulo: Summus, 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema**

penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2005

RAMOS, Silvia. Violência, Violências: Mais agredidas ou mais atentas? **Visível e Invisível: A vitimização de mulheres no Brasil.** Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2017.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTOS, Andreia Colhado Gallo Grego; SANTOS, Bruno Baltazar. **Do simbolismo penal e da Lei Maria da Penha: a (in)efetiva proteção da mulher.** 2014. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=185e48a43c7f63ac>> Acesso em 02 jul 2018.

SOUZA, Sérgio Ricardo. Comentários à lei de combate à violência contra a mulher. Curitiba: Juruá, 2007.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é Violência contra a Mulher.** São Paulo: Brasiliense, 2002.

WASELFISZ, Julio Jacob. **Mapa da Violência 2012. Os novos padrões de violência homicida no Brasil.** São Paulo. Realização: Instituto Sangari. 2011. Disponível em

https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf Acesso em 23 jun 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro,** volume I: parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O EMPODERAMENTO FEMININO COMO INSTRUMENTO CULTURAL NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Carla BERTONCINI¹
Fabiani Daniel BERTIN²

RESUMO

Refletir sobre a luta pela conquista de direitos da mulher a partir da Constituição Federal de 1988, buscando compreender como se deu o processo de busca pela voz e pela vez feminina e pelo direito efetivo à igualdade em um contexto histórico nada propício, tal como o recém-chegado à redemocratização direcionado às questões de enfrentamento da violência doméstica no país. A partir disso, analisar alguns aspectos da Lei Maria da Penha, tais como as formas de violência nela abrangidas, bem como se a referida lei tem apresentado resultados satisfatórios quanto à sua efetividade. Por fim, pensar a violência doméstica além dos muros da legislação vigente, como algo construído historicamente e culturalmente, bem como refletir sobre a forma como a própria mulher se enxerga e é vista pela sociedade, sugerindo o empoderamento feminino como instrumento na mudança da mentalidade patriarcal e machista que ainda hoje impera.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Da Mulher - Feminismo - Empoderamento

ABSTRACT

Reflecting on the struggle for the conquest of women's rights from the Federal Constitution of 1988, seeking to understand how the process of search for the voice and for the feminine time and for the effective right to equality took place - in a historical context not conducive, such as the recently arrived at redemocratization - directed at the issues of coping with domestic violence in the country. From this, analyze some aspects of the Maria da Penha Law, such as the forms of violence covered in it, as well as whether the law has presented satisfactory results as to its effectiveness. Finally, to think about domestic violence beyond the walls of current legislation, as something historically and culturally constructed, as well as to reflect on how women see themselves and are seen by society, suggesting female empowerment as an instrument for changing the patriarchal mentality and macho that still reigns today.

KEY WORD: Women's Rights - Feminism – Empowerment

INTRODUÇÃO

Refletir sobre direitos, por si só, já consiste em um imensurável desafio, considerando a proteção e limitação que deles podem advir. E isso adquire maior notoriedade quando os sujeitos a que se destinam tais reflexões compõem os denominados grupos vulneráveis, como o caso das

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC (2011). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (2001). Atualmente é professora adjunta (Direito de Família e Sucessões) da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Campus de Jacarezinho, e professora de Direito de Família das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). E-mail para contato: bertoncinicarla@uol.com.br

² Mestranda em Ciência Jurídica (2018/2019), licenciada em História (2011) e bacharel em Direito (2016), pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP - Campus de Jacarezinho. Especialista em Gestão Pública pela Faculdade São Brás, Curitiba (2015). Pós graduanda em Direito Público pelo Complexo de Ensino Luiz Flávio Gomes (2017-2018). Integrante do Grupo de Pesquisa “INTERVEPS - Intervenção do Estado na vida das pessoas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogada na subseção de Santo Antônio da Platina/ Paraná. E-mail para contato: fabi.direito.ziron@gmail.com

mulheres, objetivo ao qual se propõe este trabalho.

Resguardado pelo método dedutivo, por meio do qual foram feitas pesquisas em referências atualizadas sobre o tema - tais como busca em livros e artigos de cunho científicos, bem como em dados oficiais de estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, ambos localizados na internet - o trabalho pretende oferecer uma análise na qual a legislação vigente na proteção da mulher em casos de violência não é suficiente para romper as marras de tal círculo vicioso, por estar tal prática, diretamente, relacionada à construção machista que, ainda hoje, se possui quanto à mulher, herança de um contexto histórico marcado pelo patriarcalismo.

No primeiro momento, busca-se dialogar sobre a luta da mulher brasileira para ser ouvida e ter voz no período que antecede a promulgação da Constituição de 1988, trazendo, inclusive, um dos documentos históricos mais importantes da luta feminista: A Carta das mulheres aos Constituintes, escrita no ano de 1986, preponderante nas conquistas por elas obtidas na Constituição que estava por vir, bem como nas legislações posteriores, dentre as quais a Lei Maria da Penha.

Em seguida, intenta-se refletir se a Lei Maria da Penha tem sido efetiva como instrumento no combate à violência doméstica. Para tanto, apresenta alguns trechos da referida legislação, apresentado quais seriam essas formas de violação de direitos, o que também acaba por violar a própria dignidade da mulher e a visão que ela constrói de si mesma.

E por último, pretende-se pensar sobre a violência contra a mulher além dos muros da legislação vigente, mas como um problema herdado de uma construção histórico cultural alicerçada pelo patriarcalismo, cujo principal combustível tem sido os discursos e práticas machistas, o qual pode ser enfrentado através da atividade conjunta da lei e do processo de empoderamento feminino, o qual pode ser conquistado através de uma mudança de mentalidades sobre quem é a mulher, ou seja, um sujeito de direitos, repleto de dignidade e merecedora do mesmo respeito atribuído a qualquer homem.

1. A LUTA DA MULHER BRASILEIRA PARA TER VOZ NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: POR UMA IGUALDADE EFETIVAMENTE MATERIAL

Ao longo da história, a mulher foi conquistando seu espaço. Por certo, através de inúmeras batalhas – algumas com vitórias alcançadas, outras com avanços moderados. Disso, ninguém duvida. Entretanto, o que se percebe é o fato de que mesmo com a expressão de direitos garantidos, a mulher, ainda hoje, sofre a fim de torná-los efetivos, concretizados, considerando o fato de que, apesar de prevista em lei, a efetivação da igualdade material ainda sobrevive a muitos passos de atraso, sendo urgente estudar tal direito, como explicado por Avila e Dupá (2016, p. 207): “É por essa razão que se faz necessário o estudo do direito fundamental à igualdade, no que diz respeito ao

sexo, exatamente pela dificuldade em se efetivar o texto legal.”

No Brasil, esse cenário também não é diferente. O percurso por elas percorrido não foi dos mais fáceis, e a luta para transformar direitos a partir da perspectiva material do conceito de igualdade ainda é grande, considerando o contexto patriarcal enraizado na cultura brasileira e, ainda hoje, tão latente. Para tanto, a lei, tão somente, não basta. É preciso, também, uma mudança na mentalidade, na cultura, sobre a visão construída sobre a mulher. Quanto a isso, Avila e Dupa (2016, p. 207) enfatizam;

Existe, entretanto, uma discrepância muito grande entre a existência do texto legal que afirma a igualdade entre homens e mulheres e uma realidade que todos os dias discrimina mulheres, seja no ambiente doméstico, no local de trabalho, nas escolas, nos espaços de poder, ou seja, em todo o seu cotidiano. Esse distanciamento se dá pela cultura de machismo e misoginia propagada historicamente, que mesmo com a reformulação do papel da mulher na sociedade, muitos ainda insistem em reproduzir os valores repassados por séculos da condição de inferioridade ligada ao feminino.

Falar sobre direitos e conquistas femininas ao longo dos tempos, especificamente no que tange à realidade brasileira é, por óbvio, algo que dispenderia tempo e espaço demasiadamente extenso, não sendo esse o intuito desse trabalho. Mas analisar, de forma breve, a proteção destinada à mulher a partir da entrada em vigor do Texto Constitucional de 1988, o que já uma grande proposta.

Assim, para iniciar tal aventura, necessário é recorrer ao contexto histórico em que nasce a Constituinte, a proposta de redemocratização. O caminho realizado pela sociedade brasileira da época foi direcionado por forte influência de um período ditatorial, em que direitos eram mínimos e obediência era a palavra de ordem. Resistência era considerada como ato atentatório aos “homens de bem”, discurso que tem sido retomado por uma parcela significativa da sociedade nos dias atuais, infelizmente. Quanto a esse contexto, explicam Goronsio e Jacob (2016, p.9):

Após 20 anos de regime ditatorial, os anos 1980 foram marcados pela crise do nacional desenvolvimentismo, herdada dos militares, e por mudanças nas políticas públicas, estabelecidas ao longo das décadas anteriores, como por exemplo, a democratização e as questões que envolviam os trabalhadores urbanos, duas das mobilizações que historicamente constituem a mulher como sujeito político. O Feminismo então entrou numa fase de efervescência no país, materializando-se em inúmeros grupos espalhados pela federação que tratavam dos mais variados assuntos relacionados ao bem-estar da mulher – violência sexual, doenças sexualmente transmissíveis, gravidez, profissionalização, dentre outros. Os temas levaram o núcleo gerador do movimento, mulheres intelectualizadas de classe média, às favelas e periferias, e elas puderam ver de perto as realidades que lutavam para transpor.

E nesse cenário repressor, opressor, próprio de uma ditadura militar, em que as mulheres padeciam de direitos, sobretudo pelo fato de lutarem pela conquista de uma igualdade que realmente as fizessem existir como sujeitos de sua própria história, rompendo as heranças de um passado patriarcal, tentando encontrar o novo. Para tanto, havia um movimento de mulheres voltado à essa concretização da igualdade, como trazido por Avila e Dupa (2016, p. 208):

Os movimentos de mulheres que já lutavam há algum tempo pela igualdade de direitos e por inúmeras outras questões, a partir dos encontros e reuniões em que estabeleciam as suas principais reivindicações passariam também a apresentá-las na formulação do novo texto Constitucional.

Nesse entusiasmo, e em defesa dos direitos da mulher, eis que o Conselho Nacional do Direitos da Mulher se mobilizou, redigindo a “Carta das Mulheres”, a qual foi direcionada à Assembleia Nacional Constituinte de 1987, documento que já traz, em suas primeiras linhas, a marca de seu intuito e propósito (1986, p. 1): “CONSTITUINTE PRA VALER TEM QUE TER PALAVRA DE MULHER”, assim, em caixa alta, como um apelo, uma reivindicação, de quem precisava ter voz.

Como se percebe, a intenção era, justamente, a de maior inclusão e participação feminina no contexto em que estava por vir, auxiliando, inclusive, na formulação da nova Constituição, promovendo, por meio disso, a voz da mulher brasileira como sujeito de direitos e protagonistas de sua própria luta e anseios.

Era preciso mais, muito mais. Sendo necessária a busca por condições igualitárias entre os gêneros, sendo descabida qualquer forma de tratamento em que a mulher fosse considerada como submissa ou de “menor valor”, alcançando desde o acesso à educação, às oportunidades de trabalho, às escolhas quanto a formação familiar e a igualdade entre os cônjuges– o que implica diretamente quanto aos direitos de decidir sobre seu próprio corpo. Assim, ganhava fôlego a luta pela almejada igualdade, que a partir da Constituição de 1988, seria pensada pela perspectiva material, de maior alcance e efetividade. Nas palavras de Avila e Dupá (2016, p. 2013), a preocupação era no sentido de deixar de ser “invisível” os mais variados espaços sociais:

A grande preocupação na época era com a invisibilidade que marcava as discriminações que acometia as mulheres, e isso ocorria em todos os espaços: no ambiente doméstico, mercado de trabalho, nas universidades, na política, no judiciário, no legislativo. A mulher ainda era vista como a principal responsável pelo cuidado da casa e dos filhos, e mesmo como profissional não era respeitada, recebendo salários inferiores e não lhe era possibilitado o acesso aos cargos de chefia.

Percebe-se, claramente, a busca pela igualdade dos gêneros. Mas não qualquer igualdade, não apenas a garantia de um “termo jurídico”, mas através de uma perspectiva prática, destinada a uma efetiva igualdade material, como ressaltam Pessoa e Barreto (2011, online):

A esta nova acepção é chamada de igualdade material que consiste em observar a realidade prática, e verificar as diferenças existentes entre as partes desfavorecidas por algum aspecto social, econômico ou político, para então elaborar normas de conteúdo substanciais, ou seja, que favoreçam a parte hipossuficiente. Para assim, atingir o patamar de igualdade das classes sociais e econômicas desiguadas pelo sistema.

E como se percebe da época, a mulher estava na condição de vulnerabilidade – o que era mais ainda reforçada pela questão social e econômica- sendo a Carta aos Constituintes um grande avanço no sentido de resistência e luta, expressos por meio das reivindicações trazidas pelo referido

documento, dentre as quais a preocupação quanto à questões relacionadas à violência contra a mulher, como se vê na íntegra do texto (1986, p. 6):

Violência

- 1- Criminalização de quaisquer atos que envolvam agressões físicas, psicológicas ou sexuais à mulher, fora e dentro do lar.
- 2- Consideração do crime sexual como “crime contra pessoa” e não como “crime contra os costumes”, independentemente de sexo, orientação sexual, raça, idade, credo religioso, ocupação, condição física ou mental ou convicção política.
- 3- Considerar como estupro qualquer ato ou relação sexual forçada, independente do relacionamento do agressor com a vítima, de ser esta última virgem ou não e do local em que ocorra.
- 4- A lei não dará tratamento nem preverá penalidade diferenciados aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.
- 5- Será eliminada da lei a expressão “mulher honesta”.
- 6- Será garantida pelo Estado a assistência médica, jurídica, psicológica a todas as vítimas de violência.
- 7- Será punido o explorador ou exploradora sexual da mulher e todo aquele que a induzir à prostituição.
- 8- Será retirado da lei o crime de adultério.
- 9- Será responsabilidade do Estado a criação e manutenção de albergues para mulheres ameaçadas de morte, bem como o auxílio a sua subsistência e de seus filhos.
- 10- A comprovação de conjunção carnal em caso de estupro poderá realizar-se por laudo de qualquer médico, da rede pública ou privada.
- 11- A mulher terá plena autonomia para registrar queixas, independentemente da autorização do marido.
- 12- Criação de Delegacias Especializadas no atendimento à mulher e todos os municípios do país, mesmo naqueles nos quais não se disponha de uma delegada mulher.

Como se pode notar, no contexto construído a partir da Constituição de 1988, conhecida também como “Constituição Cidadã”, foi possível verificar a concretização, praticamente, de todas as exigências contidas na Carta, no que tange, especificamente à violência – não tendo sido possível, ainda, a existência de uma Delegacia Especializada em cada Município, mesmo com o reforço advindo através da Lei Maria da Penha. Entretanto, pra época, 1986, tais direitos eram tidos como muito além de seu tempo, considerada a alta influência patriarcal, sendo ainda mais marcante a relevância dos pedidos.

Isso porque a preocupação com a defesa da integridade e dignidade feminina, em seus mais variados aspectos, era algo que chamava a atenção, especialmente em relação ao fato de que era necessário modificar a mentalidade e a cultura da época sobre a visão da mulher na sociedade, sendo fundamental ter início no maior documento jurídico de um Estado: sua Constituição Federal e que, conseqüentemente, seria refletido nas demais legislações, inclusive no aspecto da prevenção e combate à violência, como seria tratado, posteriormente, pela Lei Maria da Penha.

E quanto à valorização da dignidade - intrínseca a todo ser humano, compromisso de um Estado Constitucional – a qual, na época, se expressava como o grito de mulheres a fim de torná-la efetiva, Haberle (2005, p. 150) explica:

A dignidade humana constitui a “base” do Estado constitucional como *tipo*, expressando as suas premissas antropológico-culturais. Os Poderes Constituintes, “de mãos dadas” com a jurisprudência e ciência e, mediante uma atuação também criativa, desenvolveram e construíram estes fundamentos. Acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução, é tarefa de todos: do Poder Constituinte até o cidadão, resultando no direitos do cidadão à

democracia.

Assim, percebe-se que antes de quaisquer exigências em relação a outros direitos, o passo mais importante para aquelas mulheres era o de serem enxergadas, e não somente vistas, inseridas em contexto onde a dignidade humana imperasse como marco fundamental e indissociável, sendo elas consideradas como sujeitos de direitos, propriamente ditos. Em relação a isso, ressalta Ingo Sarlet (2005, p. 20)

Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.

Isso porque o papel de coadjuvante até então instaurado naquele âmbito social já não era condizente com a vontade e anseios da mulher brasileira. Elas queriam mais e lutaram para isso. Afinal, o voto, sem voz, era meramente um adorno. Daí a importância da trajetória de união dos movimentos pró mulheres e da confecção da referida carta, da qual muitos direitos vieram a se concretizar, embora ainda persista o peso das heranças culturais, o qual serve de óbice e resistência à efetivação de tais direitos. Sobre isso, esclarecem Avila e Dupá (2016, p. 206)

A desigualdade de gênero tem acompanhado as mulheres por muitos anos, sendo necessárias inúmeras transformações para sua verdadeira inclusão nos espaços de poder. Aos poucos, através da participação dos movimentos sociais, com formulação de propostas, campanhas, encontros e etc, uma nova visão foi sendo introjetada na sociedade e gradativamente as leis sendo modificadas para atender a essas demandas.

Não há dúvidas, pois, de que o apelo contido na Carta desencadeou uma nova perspectiva do direito à dignidade, sendo notório tal aspecto já no primeiro artigo da nova Constituição: 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**; (grifo nosso)

Isso, sem dúvidas, exala a intenção do constituinte em avançar na efetivação de direitos, sendo eles destinados a homens e à mulheres, indistintamente, sendo importante, simplesmente, o fato de ser humano. Revela, então, um caráter sólido quanto ao trato de sujeitos de direito, sendo irrelevante o sexo ou gênero, mas direcionado homem, compreendido em sua universalidade.

Esse marco de isonomia, amplamente almejado ao longo da carta aos constituintes, é conquistado e reforçado ao longo do Texto Constitucional, como se verifica do exposto pelo art. 5º, *caput*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta

Constituição;

Diante do contexto no qual surgiu a Constituição de 1988, ter expresso no Texto o direito à igualdade perante a lei era algo necessário e urgente, principalmente pelo fato de estar o Estado brasileiro rompendo as amarras com a Ditadura Militar e estabelecendo um caminho rumo à redemocratização. Já não havia espaço para distinções e discriminações, era a aplicação da dignidade humana o embasamento principal. Assim, as mulheres alcançam o primeiro passo que é a constitucionalização de vários direitos que, até então, eram apresentados como reflexos oriundos da figura masculina.

Direitos que passariam a dispor sobre a mulher trabalhadora, a mãe e esposa, aos aspectos previdenciários, civis e criminais, repercutindo em vários dispositivos legais, sendo elas protegidas, inclusive, no âmbito familiar, *locus* de maior incidência de práticas violentas. Esse cuidado e atenção maiores vem tratado no art. 226 da Constituição, quando elege a família como base do Estado, dando enfoque à assistência individual de seus membros, dentre os quais a mulher, e reforça a coibição da violência no seio das relações que os integram:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Inclusive em razão de que a ideia de que o homem é o provedor da unidade familiar já se apresenta como descabida, considerando as mais variadas concepções de constituição familiar. Isso repercute, positivamente, nas questões referentes ao casamento, na disposição e liberdade que a mulher tem para decidir sobre seu próprio corpo e escolhas, dentre tantos outros direitos que a partir dali seriam conquistados. Ou seja, a escrita e envio da Carta das mulheres aos constituintes deu ensejo à abertura de um caminho repleto de direitos, muitos dos quais ainda padecem de efetividade.

Sem dúvidas, não há como pensar em direitos das mulheres sem compreender essa transição rumo à Constituição de 1988, denominada por Chueiri (2013, p. 29) como “Constituição Radical”, Porém, como dito pela mencionada autora, trata-se de uma “promessa”, algo que necessita ser revisitado e readequado a fim de que saia da “folha de papel” e faça a diferença na órbita jurídica.

Diante disso, verifica-se que um grande passo foi dado quando, lá em 1986, mulheres se uniram e redigiram a Carta aos constituintes, sendo a repercussão disso notória na Constituição de 1988. Uma gama de direitos e um movimento em prol da igualdade se fortaleceria, dando vez e voz à mulher brasileira, fazendo com que a cidadania, alcançada pelo direito ao voto, alcançasse maior efetividade quando em conjunto com os demais direitos.

Votar sim, mas ir além ganhando voz, também, nas escolhas sobre seus próprios direitos, na condução de sua vida e na efetivação de sua dignidade, rompendo os estigmas culturais de uma sociedade machista, misógina e despreparada para conviver com as diferenças, especialmente, ganhando espaço ao enfrentamento das violências que as cercam e violam o exercício de uma igualdade materialmente construída. E por isso, a luta não cessa!

2. “LEI MARIA DA PENHA” COMO INSTRUMENTO NA RESOLUÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FEMININA?

Conforme trazido, anteriormente, a preocupação com os direitos da mulher tornou-se ampla e evidente a partir da formulação da Carta das mulheres aos constituintes, confeccionada em 1986, grande marco na luta pela igualdade, na busca pela pelo próprio exercício da cidadania, o qual não pode ser restrito ao mero ato de votar. Porém, tal caminho foi percorrido a passos lentos, sendo de suma importância a presença de movimentos feministas, como explicado por Trindade (2016, p. 04):

Os movimentos feministas foram de extrema importância, com grande poder de transformação social e de luta por direitos e igualdades. Através das lutas feministas, por melhorias de vida, por melhores condições de trabalho, saúde, dignidade e a busca pelo respeito, a ONU, designou o ano de 1975, como o Ano Internacional da Mulher, reconhecendo neste ano a gravidade em que se encontrava a situação da mulher.

Sem dúvidas, o trabalho dos movimentos e formulação da referida Carta abordou aspectos de suma relevância a serem discutidos, sendo um deles a questão da violência cometida em desfavor da mulher, abrangendo os mais diversos aspectos e repudiada em todos eles, rompendo as “justificativas” da época no que tange ao seu trato.

Embora o problema tivesse sido trazido à baila, e muitos direitos fossem assegurados pela nova Constituição, muitos ajustes foram necessários em leis infraconstitucionais a fim de tornar efetiva a proteção à mulher. Alterações trazidas pelo Código Penal, onde o adultério deixou de ser crime, o estupro passou a ser disciplinado com maior rigor; inovações no Código Civil, dispondo os mesmos direitos entre homens e mulheres na constância do casamento e sobre o exercício do poder familiar.

Já em relação, especificamente, à violência, somente no ano de 2006 foi que, com a entrada em vigor da, popularmente, denominada “Lei Maria da Penha” o assunto passou a receber maior enfoque e atenção, tanto por parte dos legisladores, quanto pelos aplicadores da lei, bem como pela sociedade de modo geral, considerando as matizes legais dela oriundas. Sobre a Lei Maria da Penha, frente às relações domésticas cerceadoras dos direitos da mulher, ressalta Trindade (2016, p. 02):

A Lei 11.340/06, frente a isso, traz em seu bojo garantias à repressão da violência

doméstica e familiar contra o gênero em questão. Isto é observável diante da evolução histórica e social, que gradativamente expõem a mulher ao não subordinar-se, ao não aceitar o tratamento desigual e assim garantir o devido respeito e a necessária imposição de suas características individuais e pessoais na sociedade moderna.

Ainda quanto à lei, complementam Souza e Baracho (2015, p. 86):

A lei aprovada pelo Senado é considerada uma das mais avançadas em toda a região ibero-americana. Além de contemplar a criação de um sistema integral de prevenção, proteção e assistência, estabelece competências e obrigações do Estado em âmbitos federal, estadual e municipal.

Como se percebe, ao Estado – aqui compreendido em sentido lato – com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, coube a destinação de competências e obrigações específicas a fim de melhor estruturar o sistema de proteção à mulher, sendo aquele um garantidor na efetivação de direitos, o que não isenta, também, a família e a sociedade de juntos contribuírem para o efetivo exercício de tais direitos, como se entende da leitura do texto da referida lei

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

E, em razão disso, diante desse trato diferenciado, especificamente por parte do Estado, eis que surgiram calorosos boatos, inclusive em âmbito popular, sobre a referida lei violar um dos princípios básicos tutelados pelo Texto Constitucional - a isonomia - considerando que, a partir daquele momento, estariam as mulheres sendo protegidas por um diploma legal, especificamente, a elas destinado. Sobre isso, ressaltam Souza e Baracho (2015, p.98):

Por fim, verifica-se também o atual e melhor atendimento sobre a existência ou não de violação ao princípio da isonomia pela criação de um diploma legal que proteja apenas a mulher. Atualmente, entendem os tribunais que a terminologia “isonomia” não significa conferir o mesmo tratamento a todos, mas tratar desigualmente os desiguais. No caso específico dos sexos masculino e feminino, é inegável a existência de aspectos específicos que diferenciam (e desiguam) um do outro, porém, o tratamento “desigual” dado à mulher é plenamente justificável, na medida em que o fator discriminante é um reflexo tanto do resquício ainda existente da sociedade patriarcal, machista, quanto até mesmo da natureza da própria mulher. Não é por menos que a Lei Maria da Penha tem-se mostrado um dos principais instrumentos legais de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

Desse modo, através da Lei Maria da Penha, tem facilitado o caminho de acesso à concretização do proposto pela Carta das Mulheres aos constituintes, ao passo em que a mulher brasileira alcança, ao menos na letra da lei, o real sentido de igualdade material, sendo plenamente justificável um tratamento diferenciado a quem é acometido por vulnerabilidades tais quais a mulher e ainda é exposta num contexto patriarcal e machista, como apontado pelos autores.

Nesse intuito de proteção e prevenção contra as mais variadas formas de violência feminina é que nasce a Lei Maria da Penha. Sua destinação é orientada no sentido mais abrangente possível, alcançando a toda mulher, indistintamente, conforme a íntegra de seu texto:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Portanto, resta claro a finalidade da Lei Maria da Penha em alcançar a proteção contra a violência doméstica enfrentada pela mulher. Mas há de ser compreendido, além do caráter repressivo destinado ao agressor, a natureza educativa e preventiva a que a lei se propõe. Isso porque, a partir de sua entrada em vigor, foi dada ampla divulgação sobre seu conteúdo e seu alcance – especialmente nas mídias abertas, tais como TVs e rádio – sendo oportunizados debates sobre o assunto, levando a importância e a gravidade do tema ao alcance popular, considerando que toda e qualquer mulher está sujeita ao enfrentamento da violência.

Para tanto, o legislador deixou expresso o que vem a ser considerada violência e, em tal definição, apresenta um entendimento que vai muito além das consideradas agressões físicas, e as considera como um dos atos violadores dos direitos humanos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Tal definição apresenta-se como de suma relevância ao delimitar o conceito de violência, colocando-o de modo amplo e já definindo seu alcance por meio de seus incisos sem, entretanto, estabelecer um rol taxativo, como se pode interpretar por meio do termo “entre outras”, ao se referir às formas de violência doméstica e familiar:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração

e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Importante a análise mais detalhada do art. 7º a fim de quebrar os estigmas culturais sobre o que vem a ser violência. Isso porque a lei abre os horizontes para tal conceito, rompendo a ideia de que o ato violento é o restrito à lesões físicas ou visíveis. Como se percebe do texto legal, a violência nele abordada possui variantes - tanto de cunho físico, como é o caso da propriamente violência física e sexual, quanto de cunho moral, psicológico, patrimonial.

Sem dúvidas um grande passo, pois rompe com ideias equivocadamente, construídas, como por exemplo, a de que a relação sexual no casamento é um “dever conjugal”, ou a de que o marido é o “chefe da família” e, portanto, a ele cabe o controle das finanças da casa – aqui entendido como o domínio do patrimônio financeiro da esposa. Fatos que até outrora eram naturalizados e que hoje são dispostos como violadores de direitos, sujeitos a sanções legais.

Visíveis e complexas as amplitudes dessa nova interpretação do conceito de violência, pois visam à integridade do bem estar da mulher, dentro de seu âmbito de convivência, especialmente, dando enfoque à sua saúde psicológica e à visão moral que ela traz de si mesma e que os outros constroem dela. Fatores que trazem como consequência a destruição da autoestima feminina, nutrindo um relacionamento abusivo entre ela e o agressor. Quanto à relação de domínio externada pela violência psicológica, explica Trindade (2016, p. 9):

Violência Psicológica, que são condutas do agressor que causam dano emocional na mulher, podendo até mesmo diminuir a autoestima. O homem tenta submeter a mulher a sua vontade, por vezes critica a mesma constantemente, fazendo-a acreditar que tudo que faz é errado, que não sabe se vestir e nem mesmo se portar, culpando-a de tudo. Em muitas vezes afasta a mulher da família e dos amigos, assim, ela se sente sozinha, fica com medo da solidão, e consequentemente dependente do homem, que conseguiu o que queria. Fazer que ela se sentisse dependente dele.

Preocupante, esse é o contexto daquela que vive em qualquer situação de violência doméstica, sendo ainda mais lesivo quando o seu emocional é afetado por tais fatores, servindo como instrumento de dominação por parte do agressor, incutindo na vítima a falsa ideia de dependência afetiva e acarretando em um círculo vicioso perigoso e cada vez mais complexo.

Daí a importância em estar atenta à forma com que os relacionamentos – sejam entre casais

ou entre familiares – se desenvolvem, a fim de que não se tornem, demasiadamente, onerosos e prejudiciais à mulher, expondo-a à condição de vítima de violência. Assim, o caráter educativo e preventivo da Lei Maria da Penha ganha mais amplitude e notoriedade ao levar a informação de que aquilo que se considera “normal e comum” dentro de uma relação pode, na verdade, ser a “ponta do iceberg” de um relacionamento extremamente abusivo que, se não identificado a tempo, poderá acarretar danos irreparáveis, dentre os quais a própria morte da mulher – e que aqui seja compreendido o termo morte não apenas restrito ao corpo, mas à própria capacidade de se enxergar como sujeito de direito e de ter controle sobre sua própria vida e escolhas.

E, sabendo da dificuldade da proteção efetiva, o legislador buscou por resguardar a integridade da vítima prevendo algumas medidas imediatas, como meio de proporcionar maior segurança diante dos casos de denúncias, sendo algumas delas já adotadas pela própria autoridade policial, como se observa do artigo 11 da Lei Maria da Penha:

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Entretanto, na prática, tais medidas também padecem de aplicabilidade, considerando a deficiência do sistema em gerir a segurança de modo efetivo e ausência de Delegacias especializadas no assunto. Quanto à dificuldade de aplicação do art. 11, explica Trindade (2016, p. 13):

Neste inciso, tem-se a impressão de que o legislador estava um tanto otimista ou pretensioso, não tendo a noção de como é a realidade de fato do cotidiano, pois se sabe que em muitas vezes a polícia não garante proteção nem mesmo a si mesma. Então, não é fácil para a autoridade policial garantir a proteção policial que a vítima deveria receber conforme previsto nesta Lei. Por isso, este inciso tem pouca aplicabilidade na prática, pois não há recursos para garantir a proteção da vítima em tempo integral.

E, também, porque, na maioria dos casos de violência doméstica, a procura por ajuda nem sempre ocorre de imediato, na primeira agressão. Não são, em geral, fatos isolados, sendo que, quando a vítima se dá conta de que precisa de socorro, e que necessita se valer de ajuda policial e jurídica, pode se sentir tão ameaçada e vulnerável que opte por não recorrer, aumentando as chances do agravamento da situação e continuidade do ato delituoso.

Por certo, há, ainda, as demais medidas protetivas trazidas pela lei e postas à disposição da vítima – claro que nem todas possuem essa informação e, por isso, dependem de um judiciário ativo e disposto a divulgar e a conscientizar sobre tais direitos – mas, ainda assim, não têm tido o efeito

esperado pela criação da lei, considerando que o índice de violência contra a mulher é assustadoramente alto no país.

Em estudo recente, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, no corrente ano, intitulado “O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha” (2018, p. 12-13) foi apurado o número de casos novos ocorridos no ano de 2017 sobre violência doméstica e ingressados nos Tribunais de Justiça do país:

Em 2017 ingressaram nos tribunais de justiça estaduais do país 452.988 casos novos de conhecimento criminais em violência doméstica contra a mulher - número 12% maior que o verificado em 2016, quando 402.695 casos novos foram registrados. O TJSP apresentou o maior volume, com 67.541 casos novos; o TJRS veio na sequência, com 66.355 processos; o TJMG, em terceiro lugar, com 47.320; o TJRJ, em quarto lugar, com 46.340 processos.

Conforme os dados, a situação da mulher brasileira, em relação à violência doméstica, é expressamente preocupante. Isso porque os 452.988 novos casos notificados são apenas os considerados “formalizados”. Porém, não se pode esquecer que há inúmeras situações nas quais a vítima acaba silenciado a violência e a opressão sofrida e não recorre à denúncia do ofensor.

Portanto, o problema da violência doméstica contra a mulher é muito mais sério e alarmante do que os dados podem mostrar. E esse lamentável quadro é que classifica o Brasil como o 5º país no ranking mundial em homicídios de mulheres, como trazido no referido estudo, pelo Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 19): “O Mapa da Violência publicado em 2015 situou o Brasil na quinta pior posição no ranking de países com maior índice de homicídios de mulheres: 4,8 assassinatos a cada cem mil mulheres”.

Classificação não desejada por nenhum Estado, quanto mais por aquele que se autodeclara como defensor de direitos humanos e traz a dignidade e a isonomia como pressupostos basilares de seu ordenamento jurídico. E nesse contexto é indiscutível recordar a importância que teve a Lei Maria da Penha na redução dos homicídios, desde que entrou em vigor. Contudo deve ser ressaltado que, mesmo a lei vigente, houveram altos e baixos no índice de homicídios femininos, como ressaltado pelo CNJ (2018, p. 19), estudo que, também, apresenta o perfil da mulher assassinada:

O Mapa da Violência (2015) mostra que apesar de ter havido uma redução significativa na taxa de homicídio de mulheres logo após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha - de 4,2 em 2006 para 3,9 em 2007 - essa redução não se manteve. A taxa voltou a crescer a partir de 2008, quando retornou ao patamar de 4,2, chegando em 4,8 em 2012. A publicação trouxe também informações sobre o perfil das vítimas: mulheres negras (pretas e pardas) e aquelas na faixa etária entre 18 e 30 anos, constituem os grupos mais vulneráveis nos casos de homicídio.

De tais dados é possível perceber que, apesar da intenção intrínseca da Lei da Maria no enfrentamento da violência doméstica e de todo o aparato estatal que se tem construído para sua implementação, são visíveis as lacunas que contribuem para sua real efetividade. Assim, nota-se que, apesar de todos os direitos da mulher estarem previstos no Texto Constitucional e demais

legislações - o que é, sem dúvidas, um grandioso passo - isso ainda é insuficiente.

Isso porque, como se trata de uma sociedade histórica e culturalmente marcadas pelas raízes do machismo e de um controle patriarcal, é crucial que se tenha em mente, além da mudança legal, a transformação da mentalidade do povo, inclusive a forma com que a própria mulher se vê perante a sociedade, não aceitando quaisquer formas de violência que coloquem em risco o exercício de seus direitos e sua integridade, fortalecendo, desse modo, o espaço para que o empoderamento feminino possa florescer e prosperar, como se verá adiante.

3. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA X CULTURA DO MACHISMO: O EMPODERAMENTO FEMININO COMO POSSIBILIDADE DE AVANÇOS

Como já abordado, os direitos da mulher têm sido discutidos desde muito tempo atrás, sendo uma das vertentes a que diz respeito à questão da violência contra ela cometida. Tema tão relevante se considerado que um indivíduo em situação de violência não consegue ter condições de lutar pela própria efetivação de seus direitos. Assim, percebe-se que tanto a ausência de direitos pode levar à condição de violência, quanto o contrário, dando abertura para esse lamentável círculo vicioso.

Também foram apresentadas algumas abordagens sobre a forma com que as mulheres saíram à luta de tais direitos, especialmente no período em que foi dado espaço à formação de uma nova Constituição, o que resultou na Carta das Mulheres aos Constituintes, documento de notório valor histórico no que se refere às conquistas alcançadas pelos movimentos de mulheres na defesa de seus direitos, sendo que, a partir da Constituição Federal de 1988, uma nova perspectiva de igualdade seria conquistada pela mulher brasileira, levando, inclusive, no ano de 2006, a uma das mais modernas e elaboradas legislações sobre proteção da mulher em condição de violência doméstica, a Lei Maria da Penha. E a importância de instrumentos jurídicos se reforça perto da cultura machista difundida em meio à sociedade, como explica Chaves (2015, p.02)

A necessidade de instrumentos jurídicos que minimizem a situação de violência em que vivem as mulheres em nossa sociedade deve-se diretamente à existência de uma sociedade historicamente machista, com uma falsa aparência de igualdade que encobre uma estrutura falocêntrica, e que se reproduz em diversos âmbitos de nossa sociedade, inclusive na mídia.

Porém, mesmo com a vigência da lei, os dados oficiais não se revelam dos mais promissores, sendo alto o índice de casos que surgem todos os anos, conforme já apresentado no item anterior e disso surge um questionamento: seria a Lei Maria da Penha um instrumento suficiente para coibir a prática de violência contra a mulher ou ainda seriam necessários outros mecanismos de enfrentamento do problema?

Obviamente que a resposta seria no sentido de que somente a legislação é insuficiente,

afinal se assim não fosse, os casos de violência teriam sido sanados desde sua entrada em vigor, o que não aconteceu. Por certo, muitos e muitos casos sequer são notificados, o que se pode concluir que a problemática é muito mais intensa do que os dados oficiais podem mensurar.

Discute-se muito sobre a aplicação da lei, especialmente no que tange às medidas repressivas, mas e quanto à mulher? Aborda-se com o mesmo enfoque sobre o papel ocupado pela mulher quanto a ser sujeito de direito e responsável por suas próprias escolhas? Isso porque o problema da violência é também composto de cunho histórico e cultural, principalmente no Brasil, Estado de herança patriarcal, onde a grande maioria dos homens são educados e estimulados, desde muito cedo, a verem as mulheres na condição de submissas e inferiores, o que, inclusive, é reforçado pela própria mídia, como complementado por Chaves (2015, p. 03):

Uma das violências mais sutis a que estão expostas as mulheres é a violência imposta pela mídia, uma violência naturalizada. A violência de ver seu corpo fragmentado como seios e nádegas para vender cerveja e carro; a violência de ver a dupla jornada de trabalho naturalizada pelas propagandas e novelas; a violência de ser desumanizada e vista apenas como um corpo a ser consumido; a violência de ver os crimes de violência doméstica e feminicídio atenuados pelo jornalismo; de ser excluída dos espaços de decisão e dos processos de criação na mídia; de ser futilizada dia após dia por meio da generalização

Trata-se, pois, de um problema de cunho cultural, em que o conceito e a visão firmada sobre a imagem da mulher a coloca na condição de inferioridade, indo de encontro a tudo o que foi pleiteado como garantia de direitos. De que serve, então, apenas modificar as leis de um país, sendo que a própria imagem que se constrói da mulher, principal sujeito da referida lei, é ainda reforçada a partir de um viés de desigualdade perante o homem. E por ser um problema relacionado à cultura, só conseguirá ser modificado através da própria mudança na concepção sobre o papel da mulher na sociedade, o que acontece a passos lentos, tanto pela população quanto por ela mesma.

Por certo que esse trabalho já tem acontecido, mas ainda é necessário que se firme com maior rigor. E aí é que entra a relevância de desenvolver a cultura do “empoderamento”, conceito este muito trabalhado nas causas feministas e que, conforme Goronsio e Jacob (2016, p. 19), está relacionado à capacidade de decisão:

O conceito de empoderamento é amplo e perpassa por todas as áreas sociais, pois é justamente a capacidade de indivíduos e grupos sociais de decidirem sobre questões que lhes interessam, buscando isso em cursos de ações afirmativas em várias esferas – política, econômica, cultural, psicológica, etc.

Ainda sobre o conceito de empoderamento, também, contribui Sardenberg (2006, p. 2), mas apresentando o conceito como um processo cujo objetivo maior é, justamente romper com o patriarcado ainda vigente na sociedade:

Para nós, feministas, o empoderamento de mulheres, é o processo da conquista da autonomia, da auto-determinação. E trata-se, para nós, ao mesmo tempo, de um instrumento/meio e um fim em si próprio. O empoderamento das mulheres implica, para nós, na libertação das mulheres das amarras da opressão de gênero, da opressão patriarcal.

Para as feministas latinoamericanas, em especial, o objetivo maior do empoderamento das mulheres é questionar, desestabilizar e, por fim, acabar com a ordem patriarcal que sustenta a opressão de gênero. Isso não quer dizer que não queiramos também acabar com a pobreza, com as guerras, etc. Mas para nós o objetivo maior do “empoderamento” é destruir a ordem patriarcal vigente nas sociedades contemporâneas, além de assumirmos maior controle sobre “nossos corpos, nossas vidas”.

De modo que, estando a mulher inserida em tal processo cultural, terá condições de vislumbrar suas escolhas e seus direitos com maior clareza, fortalecendo seu próprio eu perante os demais, negando a ideia de submissão, dominação e rejeitando quaisquer situações que possam expô-las à condição de vítimas de violência. Porém, como se trata de um processo, tende a ser lento e gradual, não acontecendo da mesma forma e mesmo tempo para todas, considerando que cada possui uma história, uma essência, o que só se torna possível se iniciado. Assim, reiterando o ato de empoderar como o poder de decisão, complementam Geroncio e Jacob (2016, p. 22): “O ato de empoderar é muito mais que tomar conhecimento das próprias necessidades e trazer para si o poder de decisão. É compreender que cada indivíduo tem seu lugar na sociedade, de maneira a fazer diferença através de suas atitudes.”

Assim, além dessa força interior advindas da mulher e conquistada nesse processo de empoderamento, é fundamental que exista o apoio externo a fim de que tal mudança possa florescer. O que pode ser conquistado através de políticas públicas que tornem mais acessíveis os direitos já reconhecidos, mas que ainda padecem de efetividade, tais como o acesso à educação, à cultura, ao trabalho, ao lazer, dentre tantos outros, os quais possibilitam a almejada dignidade. Quanto a isso ressalta Sardenberg (2006, p. 08): “O processo de empoderamento, portanto, tem que ser desencadeado por fatores ou forças induzidas externamente. As mulheres têm que ser convencidas, ou se convencer do seu direito à igualdade, dignidade e justiça.”

Mas, para isso, o debate deve ser levado para além do circuito legal, sendo estendido às questões educacionais, por serem formadoras de opinião, dentre as quais está a mídia e a integração de mulheres em movimentos sociais, a fim de que passem a conhecer sobre seus direitos, desde a tenra idade e, conseqüentemente, tenha condições de exercer sua voz e sua vez. Quanto à necessidade do assunto ser refletido e levado às esferas educacionais, salienta Chaves (2015, p. 07):

A educação para a mudança, portanto, é contra-hegemônica e necessita ser feminista, no sentido em que busca a liberdade dos seres humanos, a igualdade de direitos entre os gêneros e o respeito à vida. Construir uma sociedade mais justa, que vise o fim das violências, começa pela proposta de uma educação comprometida com a criação de consciência e com a formação de atores políticos.

Trata-se, pois, como já dito, de um processo de empoderamento que, se posto em prática, possibilitará condições para que cada vez menos seja necessária a aplicação da Lei Maria da Penha.

Isso porque quanto mais as mulheres tiverem ciência de quem são e do quê são capazes de

fazer, cada vez menos agressores terão terreno fértil para disseminar seu ódio e dominação em relacionamentos abusivos. Assim, por meio do empoderamento, terá condições de romper com a imagem, equivocada e construída, de “sexo frágil”, rompendo paradigmas que ainda hoje são mantidos como algo “natural”, mas que, na verdade, não passa, de construção de uma sociedade escancaradamente patriarcal. Sobre isso, Geronsio e Jacob (2016. p. 24) alertam para a necessidade de um trabalho permanente em prol do empoderamento:

A desconstrução do estigma de gênero não é impossível, mas perpassa por evoluções que derivam das ações tomadas pelos que dela se beneficiam, por isso, a mulher é responsável direta pela mudança que anseia, uma vez que, ela mesma tem o poder de mudar seu cenário. Hoje, a mulher compreende que pode e tem o direito de participar politicamente das decisões de seu país, as lutas não foram em vão, mas a cada dia criam-se novas necessidades e ainda existem muitas que não foram sanadas, por isso o trabalho é permanente.

Desse modo, resta claro que o problema da violência contra a mulher não possui condições de ser enfrentado, exclusivamente, por meio de leis, embora elas sejam necessárias como garantias de direito e segurança jurídica. Mas, também, precisam de conscientização sobre o assunto, o que pode ser conquistado através de uma nova perspectiva educacional, atenta a desenvolver o processo de empoderamento feminino.

Assim, tendo a previsão legal e sendo realizada a mudança de mentalidade, por meio do empoderamento – especialmente com um trabalho desenvolvido para as próprias vítimas – terão as mulheres melhores condições de identificar o que se chama de “relacionamento abusivo” e, quem sabe, cortá-lo antes que passem a protagonizar o alto índice de casos de violência notificados judicialmente.

Portanto, que seja posta em prática a construção de uma identidade pautada no empoderamento feminino - quanto mais cedo melhor- que, associada às medidas contidas na Lei Maria da Penha, possibilite meios para romper as amarras de um patriarcado tão retrógrado e descabido, cuja maior característica se desenvolve por meio de uma sociedade machista e misógina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se com o presente trabalho, refletir sobre o modo como as mulheres têm lidado com a questão de seus direitos, a partir da Constituição de 1988. Como visto, a trajetória tem sido difícil e lenta, mesmo com a conquista de várias garantias asseguradas pelo Texto Maior e posteriores legislações, o que é sentido, especialmente, no que diz respeito às questões referentes à violência doméstica.

Entretanto, foi possível constatar que, apesar da grande importância da existência da Lei Maria da Penha, sua aplicação ainda é deficitária e insuficiente como mecanismo de defesa da

mulher, considerando que o machismo e o patriarcado que ensejam tais violências são fatores construídos culturalmente e que carecem ser compreendidos por meio de uma perspectiva não naturalizada, o que também se aplica à própria imagem que a maioria das mulheres têm de si mesma.

Desse modo, foi possível compreender que é necessária a aplicação da Lei Maria da Penha, mas associada a um trabalho educacional da população, rompendo com as ideias anacrônicas de que a mulher deve ser submissa e dominada pelo homem. Isso porque a legislação, embora possua um discurso preventivo, não dá conta de resolver e sanar todas as questões. Mas se associada a um trabalho desenvolvido com base no empoderamento feminino, a mulher passará a se enxergar como sujeito de direitos, os quais por ela serão conhecidos e buscados, se sujeitando cada vez menos a relacionamentos abusivos, eivados das mais variadas formas de violência.

Por certo, não se intenta com esse artigo esgotar o diálogo sobre o tema, afinal o empoderamento foi trazido como um processo carecedor de análises contínuas, mas apenas refletir e estabelecer um diálogo sobre a importância de, conjuntamente à Lei Maria da Penha, promover o empoderamento feminino na desconstrução dos discursos machistas e misóginos ensejadores da violência contra a mulher.

REFERÊNCIAS

AVILA, Anne C. P.; DUPAS, Elaine. **O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE E A EFETIVIDADE FRENTE ÀS DESIGUALDADES DE GÊNERO**. In. XXV Congresso do CONPEDI- CURITIBA/PR. Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. 2016. Disponível em < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z23nop3l/kzxH4Kd76g385hvm.pdf>> Acesso em 24 de junho de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24 de junho de 2018.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em 24 de junho de 2018.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 24 de junho de 2018.

_____. **Lei 11. 340/2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de**

Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 24 de junho de 2018.

_____. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O poder do judiciário e aplicação da Lei Maria da Penha – relatório 2018.** Disponível em <

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/06/1c5ee45da00577e20b291dc3ffaa2f42.pdf>> Acesso em 24 de junho de 2018.

_____. **Carta das mulheres aos constituintes de 1987-1988.** Disponível em <

http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf> Acesso em 24 de junho de 2018.

CHAVES, Fabiana Nogueira. **A mídia, a naturalização do machismo e a necessidade da educação em direitos humanos para comunicadores.** Disponível em <

<http://www.portalintercom.org.br/anais/norte2015/resumos/R44-0606-1.pdf>> Acesso em 10 de julho de 2018.

CHUEIRI, Vera Karam de. **CONSTITUIÇÃO RADICAL: UMA IDEIA E UMA**

PRÁTICA. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 58, dez. 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34863/21631>>. Acesso em: 05 out. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v58i0.34863>.

GORONSIO, Roberta Fernandes. JACOB, Alexandre. **O EMPODERAMENTO POLÍTICO FEMININO COMO MEIO DE CRIAÇÃO E PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECÍFICAS AO GÊNERO.** Disponível em <

<http://castelobrancocientifica.com.br/img.content/artigos/artigo150.pdf>> Acesso em 24 de junho de 2018.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaios da Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2005.

PESSOA, Flávia. BARRETO, Carolina. **O princípio da Isonomia e a aplicação das prerrogativas da Fazenda Pública às Entidades Estatais.** REVISTA EVOCATI, Nº 68, 2011.

Disponível em < http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=492&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil> Acesso em 11 de outubro de 2017.

SARDENBERG, Cecília M. B. **Conceituando “Empoderamento” na Perspectiva Feminista.**

Disponível em < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/6848/1/Conceituando%20Empoderamento%20na%20Perspectiva%20Feminista.pdf>> Acesso em 24 de junho de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaios da Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2005.

SOUZA, Mércia Cardoso de. BARACHO, Luiz Fernando. **A LEI MARIA DA PENHA: ÉGIDE,**

EVOLUÇÃO E JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL. Disponível em <periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/8695/8605> Acesso em 24 de junho de 2018.

TRINDADE, Vitória E. B. **LEI MARIA DA PENHA: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA.** Disponível em <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/download/14576/3276>> Acesso em 24 de junho de 2018.

O PAPEL DO ESTADO COMO GARANTIDOR DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ESTUDO POR APENADOS: RESOLUÇÃO NO 06/2017 DO CNPCP E VEDAÇÃO DE RETROCESSO

Décio Franco DAVID¹
Jaqueline Alexandra MACCOPPI²

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar os direitos fundamentais do apenado, em especial o direito à educação. Assim, a pesquisa foi realizada em por método dedutivo, tendo como fontes de pesquisa a opção por fontes bibliográficas indiretas e, embora sejam citados números empíricos, os mesmos foram obtidos junto a pesquisas publicadas em material escrito. Na primeira parte, o artigo busca apresentar a educação como mecanismo de controle social, enquanto que na segunda parte foram apresentadas as políticas norteadoras da Lei de Execução Penal. Por fim, o trabalho analisou os direitos do apenado e a obrigatoriedade do Estado em fornecer educação à pessoa submetida à punição estatal, confrontando tal previsão com a Resolução 06/2017 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

PALAVRAS-CHAVE: direito à educação – execução penal – direitos do apenado.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the fundamental rights of the victim, in particular the right to education. Thus, the research was carried out by the deductive method, using as sources of research the option of indirect bibliographic sources and, although empirical numbers are cited, were obtained from research published in written material. In the first part, the article tries to present education as a mechanism of social control, while in the second part the policies of the Criminal Enforcement Law are presented. Finally, the study analyzed the rights of the prisoner and the obligation of the State to provide education to the person subjected to state punishment, confronting this prediction with Resolution 06/2017 of the National Council of Criminal and Penitentiary Policy.

KEY-WORDS: right to education - criminal enforcement - rights of the prisoner.

1 O ESTUDO COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL

É por meio do processo de socialização que o homem aprende a agir no meio social em que vive. Desde a forma de se vestir até os valores morais que lhe são transmitidos pelo grupo social em que está inserido, sendo instruído, assim, a viver segundo regras e princípios que lhe garantirão uma convivência pacífica com os demais. Nisto incluem-se, também, valores sociais como honestidade, respeito ao próximo, senso de justiça, e responsabilidade³.

Quando estes padrões de comportamento são transgredidos de alguma forma, a sociedade

¹ Doutorando e mestre em Ciência Jurídica (UENP), mestre em Direito Penal (USP). Professor Substituto de Direito Penal UFPR. Professor de Direito Penal da FESPPR e da FAE Centro Universitário. Advogado.

² Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela ABDCONST, especialista em Direito Público pela FURB/ESMESC. Técnica Judiciária do TJ/SC.

³ Cf. REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 9 e ss.

estabelece respostas a fim de submeter o indivíduo desviante novamente às regras e princípios socialmente aprovados. Esta reação social é o que se define como controle social⁴, a qual, independente do campo de atuação, é composta por três elementos: norma, sanção e processo⁵. Sabe-se que “vários sistemas contribuem para a efetivação deste controle social, tais como o sistema educativo, a família, os grupos de organização social voluntária como clubes ou associações religiosas, etc.”⁶. Estes sistemas difusos, mutáveis e espontâneos são formas de controle informal, à medida em que reprovam determinados comportamentos e fazem recomendações⁷.

Por sua vez, o controle formal é efetuado pelo sistema jurídico, realizado pelas autoridades do Estado, pressupondo um processo de institucionalização⁸, e abarca os sistemas jurídicos civil, administrativo, trabalhista, tributário, penal, entre outros. Este sistema de controle obedece a uma escala de acordo com o grau de coerção e o nível da danosidade social envolvidos, figurando o penal como último escalão, que se ocupa dos desvios mais graves de conduta, selecionando condutas que merecem tipificação e definindo as penas mais adequadas a respeito de cada conduta incriminada⁹; disso decorrem os elementos caracterizadores do princípio de intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade). Há que se frisar, porém, que os instrumentos informais de controle social são mais efetivos e mais importantes, uma vez que atuam antes da ocorrência do desvio da conduta.

Nos últimos tempos, contudo, o Direito penal tem sido a principal resposta de controle social, sendo perceptível a perda de capacidade de atuação das outras instâncias, que hoje oferecem pouca ou nenhuma capacidade de controle sobre a conduta antissocial¹⁰, configurando, conseqüentemente, um verdadeiro processo de hipertrofia¹¹ penal e pan-penalização¹².

Assim, exige-se, atualmente, uma busca por mecanismos alternativos à esfera penal para se alcançar um controle social mais efetivo e socialmente adequado aos preceitos constitucionais

⁴ Neste sentido: BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64; SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 155.

⁵ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 68.

⁶ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 64.

⁷ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 157.

⁸ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 157.

⁹ Cf. BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 64-67.

¹⁰ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 67.

¹¹ Segundo Alamiro Velludo Salvador Neto, o termo corresponde à “tentativa do legislador de estabelecer hipóteses típicas excessivamente precisas e casuísticas que conduzem a sérios problemas de proporcionalidade e racionalidade” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26).

¹² Termo de utilizado por Amilton Bueno de Carvalho para explicar o processo de abrangência total do Direito penal, cf. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a Marteladas: (algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 43.

democráticos¹³. A educação escolar, por exemplo, que constitui, nos dizeres de Miguel Reale Júnior¹⁴, “um fator relevantíssimo no processo de interiorização dos valores sociais”, merece, ainda, maior destaque dentro do atual paradigma.

A educação escolar não se limita apenas à transmissão de conhecimentos, mas também de valores importantes como respeito ao próximo, ao colega, ao funcionário e ao professor, ou seja, valores morais e de definição de padrões sociais mínimos, seja por meio do conteúdo dos ensinamentos, seja por intermédio das aprovações e sanções¹⁵.

Muito além disso, a educação é instrumento de concretização da condição humana, uma vez que é através da capacitação para a linguagem e o discurso que o homem é introduzido na convivência¹⁶. Parafrazeando Hannah Arendt, Adriano Aranhã acentua que “os seres humanos nascem para o mundo através da educação¹⁷”.

Não apenas um direito fundamental, mas também um direito natural e humano¹⁸, previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo XXVI), na Convenção sobre os Direitos da Criança, e, ainda, no artigo 6º da Constituição brasileira - reconhecido como um direito fundamental social – a educação possui estreita ligação com o princípio da dignidade humana, fundamento este do Estado Democrático do Direito¹⁹ – atestada, assim, sua elevada importância, conquanto este princípio não serve somente como elemento central, coordenador e integrador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, mas, ainda, como princípio que informa a interpretação de todos os dispositivos constitucionais²⁰.

Na legislação infraconstitucional, o direito à educação está previsto também no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 53 da Lei nº 8.069/90) e no Estatuto do Idoso (art. 20 da Lei nº 11.741/2003, possuindo, portanto, normatização em todas as áreas mínimas de atuação. Além disso, nos artigos iniciais da Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/1996) são indicados os preceitos mínimos representantes dos objetivos e princípios de formação intelectual nacional.

As pesquisas específicas sempre demonstram a correlação entre práticas delitivas e ausência de formação educacional. Nesse sentido, conforme dados do INFOPEN/2017, 51% dos

¹³ Sobre o assunto, DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. Curitiba: Edição Saraiva, 1980.

¹⁴ REALE JUNIOR, Miguel. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁵ Cf. REALE JUNIOR, Miguel. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁶ ARANÃO, Adriano. **Conhecimento das leis e democracia**: a importância do conhecimento do direito na formação e inclusão social do cidadão. Birigui: Editora Boreal, 2014, p. 86.

¹⁷ ARANÃO, Adriano. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁸ ARANÃO, Adriano. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁹ Cf. ARANÃO, Adriano. *Op. cit.*, p. 91.

²⁰ Cf. ARANÃO, Adriano. *Op. cit.*, p. 99. Neste sentido, Helena Regina Lobo da Costa assevera que a dignidade humana “é o fundamento jurídico de inúmeras normas, além de conferir legitimidade ao Estado, por meio da limitação de seus poderes em face da pessoa” e “não se restringe a uma declaração ou postulado filosófico, possuindo força normativa concreta”. COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade humana**: Teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33-34.

726.712 presos brasileiros possuem sequer o ensino fundamental completo, sendo que 4% são analfabetos e 6% são alfabetizados sem cursos regulares²¹. Indiscutivelmente, a educação é um elemento fundamental de exercício de controle social.

2 DA POLÍTICA CRIMINAL INSTITUÍDA PELA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O movimento de reforma do sistema criminal brasileiro de 1984, responsável pela edição da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), reguladora não apenas das penas, mas também das medidas de segurança, foi inspirado pelo ideal de ressocialização do condenado ou internado²².

O item 14 da Exposição de Motivos é claro quanto a isso, notadamente ao prever que o projeto se curvava “na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”.

A sociedade brasileira, à época, experimentava as mazelas de uma legislação penal inadequada, sofrendo com a pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, além da rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, e a sofisticação tecnológica que alterava a fisionomia da criminalidade contemporânea, conforme bem explicitou o Item 5 da Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983 (Lei nº 7.209/1984, Reforma da Parte Geral do Código Penal).

Por outro lado, era visível a problemática do expansionismo penal, tanto que já havia sido diagnosticada uma hipertrofia da punição, violadora da medida da proporcionalidade e poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos (item 20 da Exposição de motivos da Lei nº 7.210/1984).

Assim sendo, havia necessidade de se oferecer ao condenado possibilidades para uma harmônica integração social, através de assistência social e educacional ao preso, tornando possível, assim, que aprendesse valores positivos a fim de que elegeesse uma nova forma de vida²³. Para atingir tal escopo, sabia-se que era inútil lutar contra os efeitos nocivos da prisão, sem que se estabelecessem garantias jurídicas dos direitos do condenado (item 65).

Desta forma, o projeto tornou obrigatória a extensão, a toda a comunidade carcerária, de direitos sociais, econômicos e culturais, tais como segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desportos (item 21), instituindo como dever do Estado a assistência

²¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualização Junho de 2016. SANTOS, Thandara (Org.). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 33.

²² SANTOS, Eduardo Pereira. Execução criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 10, n. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, p. 107-119.

²³ CF. REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 47-48.

do processo e do internado (o que compreende assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, bem como as formas de sua prestação pelos estabelecimentos prisionais, suprimindo, destarte, o vazio legislativo neste setor)²⁴.

Isto significava utilizar uma política criminal de prevenção especial efetiva, pautada na ressocialização do indivíduo apenado, a qual se relaciona com a utilidade da pena em garantir que o criminoso não volte a delinquir pelo temor da aplicação da pena, bem como que seja reeducado, ou incapacitado, não se excluindo entre si ditos objetivos²⁵.

René Ariel Dotti, ao tratar da reforma, pondera que a expectativa de reinserção do delinquente apresenta-se não raramente frustrada, porém entende ser indispensável que se afirme tal compromisso de intenção, no sentido de proporcionar condições necessárias ao processo de diálogo entre o condenado ou internado e a sociedade²⁶. Vale destacar, nas palavras do referido autor:

“Esta dimensão do problema leva à convicção segundo a qual a pena cumpre uma importante função social quando oferece alternativas ao comportamento criminal através da criação de *possibilidades de participação* como um processo de contínua interação entre o delinquente e o Estado; entre o delinquente e a comunidade” (grifo do autor)²⁷.

Esta compreensão da importância do diálogo entre a sociedade e o Estado encontra respaldo no artigo 1º da Lei de Execução Penal, que dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar os dispositivos da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado”.

A reformulação integral do sistema de penas foi presidida pela ideia de humanizar o Direito Penal, sem destituir-lo de seu inafastável poder punitivo, mas com o desígnio de que a pena servisse para sugerir valores e comportamento que facilitassem ao condenado a vida em sociedade²⁸. Isso significa uma mudança paradigmática das razões de punição do Estado, reconhecendo que além de um direcionamento individual, havia a necessidade de uma expressão sobre o coletivo, conforme se verificam nas teorias preventivas gerais da pena, tanto em sua clássica vertente negativa, quanto nas positivas²⁹. As teorias da prevenção geral buscam atingir seus efeitos não sobre o delinquente individualizado, mas sim diretamente ao resto dos cidadãos e da

²⁴ Cf. item 40.

²⁵ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75.

²⁶ DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 348.

²⁷ DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. *Op. cit.*, p. 349.

²⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do Sistema Criminal**. *Op. cit.*, p. 42. Em comentário sobre o processo das reformas da década de 80, Miguel Reale Júnior afirmou: “Tenta-se, na Reforma Penal, uma postura realista, sem ortodoxias e comprometimentos teóricos, instaurando-se um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca humanizar o Direito Penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento; que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade” (REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do Sistema Criminal**. *Op. cit.*, p. 48).

²⁹ Sobre o assunto: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral, 3.ª Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 471 e ss.

sociedade³⁰.

Nesse viés, importante fazer um apontamento sobre o princípio da humanidade, consagrado pelo movimento iluminista – e que também abarca a reforma penal de 1984 – segundo o qual duas ideias são fundamentais para transformação do Estado. Por isso, com razão afirmava Luiz Luisi que “De um lado a existência de direitos inerentes a condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados”³¹.

O Direito Penal, por ser *parte* de um *todo* sistema jurídico, deve respeitar os pressupostos basilares de formalização do Estado Democrático de Direito, neste caso, verifica-se que o um postulado de extrema importância seja o “respeito ao princípio da humanidade, que decorre do fato de ser o homem o fim de todas as considerações sociais”³². Esse é o motivo pelo qual Fernando Galvão afirma que o princípio da humanidade é o maior postulado político criminal do sistema³³.

Este princípio é deduzido da dignidade da pessoa humana a qual está prevista, conforme já mencionado, como fundamento do Estado Democrático de Direito – artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Não sem razão, assevera Sérgio Salomão Shecaira que “o respeito incondicional pela dignidade do ser humano é idéia fundamental sem a qual não há Estado Democrático de Direito nem é possível falar em um direito penal afinado com os valores inerentes a esse Estado”³⁴.

Os preceitos da dignidade da pessoa humana devem estar aplicados ao direito como um valor próprio que identifica o ser humano como tal³⁵. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, em razão dessa valoração implícita à existência humana, chegou-se a discutir a desnecessidade de definir juridicamente a dignidade da pessoa humana³⁶; porém, o abandono de tal ideia possibilitaria a subversão da concepção de dignidade, posto que ainda que uma pessoa cometa a maior atrocidade à outra pessoa, sua dignidade não poderá ser lesada em razão de seus atos. Para Sarlet, a dignidade humana é simultaneamente “limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e

³⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y Prevención General** – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Buenos Aires: B de F Ltda, 2007, p. 127.

³¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 46-47.

³² GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 128.

³³ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 128.

³⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: Alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 9.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humano e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 39. No mesmo sentido: NALINI, José Renato. **Por quê filosofia?** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 42.

conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade”³⁷. Assim, pode-se definir a dignidade da pessoa humana como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra toda e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³⁸.

No mesmo sentido, Gilberto Giacoia afirma que o exercício do poder por parte do Estado não pode perder seu objetivo de promover a realização da pessoa humana enquanto ser individual³⁹, integrante, simultaneamente, do todo social⁴⁰. Isso se dá pelo fato de que, ao viver em sociedade, “os seres humanos se limitam inevitavelmente em suas liberdades, porquanto o poder de um encontra correspondência no igual poder dos outros que com ele convivem”⁴¹. Por esta razão, o poder estatal nunca poderá ser identificado à vontade de um único homem, devendo “emanar-se da coletividade para lhe assegurar as condições de vida e desenvolvimento”⁴².

Tais imposições que apresentam a dignidade humana como um limite e uma tarefa, fomentadora da autonomia da pessoa humana e de sua capacidade de autodeterminação, são resultado das ideias do iluminismo que culminaram no Estado de Direito⁴³.

A análise da dignidade possui relevância em razão do Brasil viver o “paradoxo de a Constituição agasalhar grandes princípios humanistas e garantias socioeconômicas, tornados, em parte, ineficazes pela realidade sociopolítica”⁴⁴, especialmente pela circunstância de que a dignidade da pessoa humana é “considerada o limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”⁴⁵.

Conforme já mencionado, Helena Regina Lobo da Costa explica que a dignidade da pessoa humana no Direito Penal aparece como fundamento jurídico, como postulado normativo e como princípio do Direito Penal. Como fundamento jurídico, entende-se que “o direito penal é,

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 47. No mesmo sentido: MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. **O princípio da dignidade como instrumento jurídico de inclusão social**. Ponta Grossa: Toda Palavra, 2011, p. 57-60.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 62.

³⁹ GIACOIA, Gilberto. Invasão da Intimidade. In: **Argumenta**, n. 1. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2001, p. 13.

⁴⁰ GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. In: **Argumenta**, n. 2. . Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2002, p. 17.

⁴¹ GIACOIA, Gilberto. Invasão..., p. 13.

⁴² GIACOIA, Gilberto. Invasão..., p. 13.

⁴³ LUSI, Luiz. *Op. cit.*, p. 46. De acordo com Giacoia, “O Estado Constitucional de Direito hodierno somente se concebe enquanto emanção de uma estrutura de poder a serviço da libertação do homem, nunca de sua dominação, compreendida no sentido de cerceamento aos direitos derivados de sua condição humana” (GIACOIA, Gilberto. Invasão..., p. 17).

⁴⁴ TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 51.

⁴⁵ NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 101.

atualmente, antropológicamente fundado, devendo ter como centro de preocupação a pessoa e sua dignidade, que deve permear todos os seus âmbitos, preenchendo-os de conteúdo material”⁴⁶. Em tal acepção, a dignidade da pessoa humana delimita a seleção de bens jurídicos individuais ou, quando coletivos, que somente sejam admitidos aqueles que detenham referibilidade à pessoa⁴⁷.

Como postulado normativo, é um “critério material de interpretação de normas penais, tanto materiais quanto processuais. Seu campo de aplicação é delimitado por outros postulados, como, por exemplo, o da legalidade e a proibição da analogia na interpretação de tipos penais”⁴⁸.

Por fim, como princípio, “a dignidade humana determina, diretamente, a adoção de certos comportamentos, tais como a absoluta proibição da tortura pelo sistema penal, além de constituir princípios de maior concretude, que intermedeiam sua aplicação”⁴⁹, quais sejam: o princípio da culpabilidade e da humanidade das penas⁵⁰. Afirma Helena Lobo que o princípio da culpabilidade é a mais forte expressão da dignidade humana no Direito Penal⁵¹. Diante de tal constatação, pode-se defender que o princípio da humanidade é equivalente à expressão principiológica da dignidade humana.

Assim, no presente momento, denota-se maior importância sobre a infindável discussão acerca da humanidade das penas, a qual “determina a proibição das penas cruéis ou de caráter perpétuo. Trata-se de princípio de grande relevância, já que a dignidade daqueles que não interessam ao Estado é sempre a que está mais ameaçada”⁵².

Destarte, do princípio da humanidade “deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa”⁵³. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos bem anota que “o princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre, mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado”⁵⁴. Portanto, por meio deste princípio exsurge uma obrigação ao Estado de tratar “os indivíduos, sempre e sempre (isso incluía as situações em que figuram como suspeitos, réus e condenados), como pessoas – sujeitos de direitos – e nunca como um simples objeto, disposto ao bel prazer do Estado e de seus agentes perniciosos”⁵⁵.

Destaca-se que o princípio da humanidade é o substrato material para que não se estenda a

⁴⁶ COSTA, Helena Regina Lobo. *Op. cit.*, p. 59.

⁴⁷ COSTA, Helena Regina Lobo. *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁸ COSTA, Helena Regina Lobo. *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁹ COSTA, Helena Regina Lobo. *Op. cit.*, p. 62.

⁵⁰ COSTA, Helena Regina Lobo. *Op. cit.*, p. 62.

⁵¹ COSTA, Helena Regina Lobo. *Op. cit.*, p. 63.

⁵² COSTA, Helena Regina Lobo. *Op. cit.*, p. 64.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. v. 1: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 157.

⁵⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 182.

punição sobre liberdades que não são atingidas pela sentença condenatória: apenas a liberdade de locomoção do indivíduo é afetada pela pena privativa de liberdade, devendo-se respeitar “a liberdade de pensamento, de crença de ensino e qualquer outra expressão da liberdade que não seja abrangida pela restrição à liberdade de locomoção”⁵⁶.

Este princípio possui efeitos previstos em diversos textos normativos de conteúdo penal, especialmente na Constituição (art. 5º, XLVII⁵⁷, XLIX⁵⁸), no Código Penal (art. 38⁵⁹), na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84, arts. 40⁶⁰, 41⁶¹ e 43⁶²) e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73, art. 57⁶³).

Assim, resta expresso no ordenamento jurídico brasileiro que uma pena não pode ser cruel em nenhuma hipótese, seja em sua perspectiva abstrata, seja diante de um caso concreto⁶⁴, motivo pelo qual se deve sempre “conciliar a tutela da segurança social com o respeito à pessoa humana”⁶⁵. Quando isto não for possível, deve-se declarar a inconstitucionalidade da pena ou da norma em si,

⁵⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, p. 65.

⁵⁷ LVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

⁵⁸ XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁵⁹ Art. 38 – O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

⁶⁰ Art. 40 – Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

⁶¹ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

⁶² Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

⁶³ Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 157.

⁶⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do Sistema Criminal**. *Op. cit.*, p. 80.

haja vista ser este princípio a válvula de controle da “inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.)”⁶⁶.

Este raciocínio é próprio da constatação de que “o cerne de nosso sistema valorativo é a pessoa humana. O Direito e o Estado existem para servir à pessoa humana”⁶⁷. Em outras palavras, “o homem há de ser a medida primeira e última das coisas”⁶⁸. Por conseguinte, verifica-se que a alteridade é indissociável do princípio da humanidade enquanto expressão da dignidade da pessoa humana⁶⁹.

A relação de alteridade impõe a finalidade existencial do *eu* confirma-se no *outro*, a “relação ético-existencial de um “eu” concreto, de carne e osso, que precisamente, pela sua condição só pode ser se tiver o “outro”, cuidar do outro, cuidar de si cuidando o “outro” e cuidando este cuidar de si”⁷⁰. O preceito do princípio da humanidade se assenta no reconhecimento da autonomia dos demais indivíduos da coletividade, pois

O ser só é em relação aos demais. Se não houver o outro para que haja a comunicação e a identificação do que se é, não haveria ser. Desta forma, pode-se dizer que o ser só se identifica enquanto sujeito porque contraposto em relação ao outro. E da mesma forma, só poderá dizer que é um ser único porque diferente em relação ao outro.

(...)

*o ser só exhibe a sua diferença enquanto reconhecer nos outros a diferença com o próprio ser. Esta diferença, e respeito pela diferença dos ser-com-os-outros, é que origina as proibições, como que uma exigência além da tolerância, mas como que uma exigência comunicacional da relação do ser-com-o-outro.*⁷¹

Somente com o reconhecimento pleno da alteridade e do fato de ser o homem um fim em si mesmo que se pode exigir “do legislador – principalmente o penal – a preservação dessa dignidade humana, resguardando sua vida, sua honra, sua liberdade, seu direito de consciência e opinião”⁷². Esta concepção de ser um “fim em si mesmo” ganhou maior concretude com o pensamento de Immanuel Kant⁷³. Para Kant, a liberdade é o único direito original pertencente aos

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 157.

⁶⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

⁶⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 10. Sobre o assunto, Márcio Pinheiro Dantas Motta afirma que “consignar na Constituição da República em seu artigo 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é verdadeiro fundamento do Estado brasileiro significa dizer que não é o homem que existe para o Estado, mas este para aquele”. (MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. *Op. cit.*, p. 58).

⁶⁹ NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 106.

⁷⁰ COSTA, José de Faria. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 224.

⁷¹ SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. Direito Penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito. *In: COSTA, José de Faria (coord.). Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 254.

⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 10.

⁷³ ANDRADE, Guilherme Oliveira de. **O princípio da intervenção mínima e o direito penal de risco**. 2009. 196. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, Paraná, p. 169.

seres humanos justamente em virtude de sua humanidade⁷⁴, motivo pelo qual os homens detêm “uma qualidade humana de ser o seu próprio senhor”⁷⁵. Assim, sob a óptica kantiana, a dignidade da pessoa humana “pode ser sintetizada em dois comandos: a não coisificação do homem, e sua autodeterminação”⁷⁶. Estes dois comandos devem imperar na esfera penal, evitando-se a prática de atos abusivos por parte do Estado.

Dentre as restrições contra o abuso do Estado, retorna a necessidade de serem atingidas as finalidades atribuídas às penas. Como afirmado acima, busca-se uma justificação pelas teorias preventivas especiais e gerais. No entanto, verifica-se com a doutrina de Paulo César Busato que as razões político-criminais só são corretamente e adequadamente atingidas quando se abandonam essas fundamentações preventivas e se reconhece a como única função à pena o exercício do controle social⁷⁷. Somente nessa óptica teórica que a dignidade humana é devidamente respeitada, assim como os demais nortes principiológicos e direitos fundamentais do apenado, dentre os quais, verifica-se a possibilidade de lhe dar garantias de acesso ao estudo, conforme se verá adiante.

3 DOS DIREITOS DO APENADO: A OBRIGATORIEDADE DA EDUCAÇÃO

O artigo 41 da Lei de Execução Penal traz um rol de dezesseis incisos sobre os direitos do preso⁷⁸. Especificamente no que envolve o tema central desta pesquisa, o inciso VI preconiza que é direito do preso o exercício de atividades intelectuais, desde que compatíveis com a execução da pena, e o inciso VII dispõe sobre o direito à assistência educacional. Nesse sentido, o ensino de

⁷⁴ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008, p. 83.

⁷⁵ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 84.

⁷⁶ ANDRADE, Guilherme Oliveira de. *Op. cit.*, p. 169.

⁷⁷ BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo** – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523.

⁷⁸ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente

primeiro grau é obrigatório, conforme determina o artigo 18 da Lei de Execução Penal.

Em 2015, através da Lei nº 13.163, seguindo o preceito constitucional de universalização do ensino, determinou-se a implantação do ensino médio, regular ou supletivo nos presídios, com formação geral ou educação profissional de nível médio (LEP, art. 18-A). Havendo, ainda, previsão de ensino e aperfeiçoamento técnico para a mulher, adequado à sua condição (LEP, art. 19, parágrafo único).

No artigo 21, a Lei de Execução Penal preconiza que o estabelecimento penal deve contar com espaço adequado, e que possua biblioteca provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos. O estudo, além de proporcionar ao condenado maiores oportunidades de reinserção social, pode ser contado para fins de remição. Isso significa dizer que parte de sua pena pode considerada cumprida através do estudo do condenado.

Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos afirma que “a educação é a forma mais eficaz de integração do indivíduo à sociedade”⁷⁹. O mestre paranaense ainda destaca que a finalidade da remição é perfeitamente atendida pela compensação de pena com dias de estudo em razão de uma interpretação teleológica da norma legal⁸⁰.

O benefício da remição pelo estudo foi inicialmente reconhecido na prática judiciária, consolidando-se na jurisprudência⁸¹, vindo então a ser sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 341, do publicada em 27 de junho de 2007, dispondo que “*a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto*”, visto que até então, a legislação penal apresentava apenas o trabalho como forma de remição de pena⁸².

Dois anos depois, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária associou a oferta da educação às ações complementares de fomento à leitura no contexto prisional, conforme disposto no artigo 3º, inciso IV, da Resolução n. 03, de 11 de março de 2009:

Art. 3º - A oferta de educação no contexto prisional deve:

I – atender aos eixos pactuados quando da realização do Seminário Nacional pela Educação nas Prisões (2006), quais sejam: a) gestão, articulação e mobilização; b) formação e valorização dos profissionais envolvidos na oferta de educação na prisão; e c) aspectos pedagógicos;

II – resultar do processo de mobilização, articulação e gestão dos Ministérios da Educação e Justiça, dos gestores estaduais e distritais da Educação e da Administração Penitenciária, dos Municípios e da sociedade civil;

III – ser contemplada com as devidas oportunidades de financiamento junto aos órgãos

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 489.

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Loc. cit.*

⁸¹ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 650-651.

⁸² A súmula apenas formalizou expressamente o entendimento consolidado em diversos precedents daquele tribunal, como, por exemplo: HC 30.623-SP (5ª T, 15.04.2004 – DJ 24.05.2004) HC 43.668-SP (6ª T, 08.11.2005 – DJ 28.11.2005) REsp 256.273-PR (5ª T, 22.03.2005 – DJ 06.06.2005) REsp 445.942-RS (5ª T, 10.06.2003 – DJ 25.08.2003) REsp 595.858-SP (6ª T, 21.10.2004 – DJ 17.12.2004) REsp 596.114-RS (5ª T, 21.10.2004 – DJ 22.11.2004) REsp 758.364-SP (5ª T, 28.09.2005 – DJ 07.11.2005).

estaduais e federais;

IV – estar associada às ações de fomento à leitura e a implementação ou recuperação de bibliotecas para atender à população carcerária e aos profissionais que trabalham nos estabelecimentos penais; e

V – promover, sempre que possível, o envolvimento da comunidade e dos familiares do(a)s preso(a)s e internado(a)s e prever atendimento diferenciado para contemplar as especificidades de cada regime, atentando-se para as questões de inclusão, acessibilidade, gênero, etnia, credo, idade e outras correlatas.

Posteriormente, em 2011, para reconhecer formalmente um direito já sumulado e consolidado pela jurisprudência, a Lei nº 12.433, de 20 de junho de 2011, alterou os artigos 126 a 129 da Lei de Execução Penal, para inclusão do estudo como forma de remição pena, até então restrita ao trabalho do preso. Sobre este importante avanço, Fernando Galvão avalia que “o condenado, ao dedicar-se aos estudos, prepara-se melhor para readaptar-se à vida social e demonstra vontade de superar o erro que o levou a ser punido”⁸³. Portanto, a remição, “como incentivo ao condenado de bom comportamento, não deveria mesmo ficar restrita às atividades laborativas”⁸⁴. Para o autor, “certamente, na idealização do instituto da remição, o legislador não se interessou especificamente pela atividade produtiva do condenado, mas por sua iniciativa de ressocialização”⁸⁵. Isto porque “o estudo pode ser considerado com uma forma de trabalho em prol de melhores condições para o futuro relacionamento social do condenado”⁸⁶.

João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem também defendem que a atividade de estudo não deve ser entendida apenas como modo de realização escolar, “mas como toda atividade pessoal visando à transformação do condenado”⁸⁷. E, ainda, com o intuito de minimizar os dados do preso, entendem que “sua interpretação deve ser extensiva para albergar outras atividades, como, por exemplo, a leitura ou qualquer atividade artística ou cultural”⁸⁸.

Na mesma toada, a Portaria Conjunta de nº 276, de 20 de junho de 2012, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e da Diretoria-Geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça disciplinou o projeto de remição pela leitura para os presos de regime fechado custodiados em penitenciárias federais de segurança máxima.

No Estado do Paraná, especificamente, foi implantado nos estabelecimentos penais, por meio da Lei Estadual nº 17.329/2012, o programa que disponibiliza às pessoas em privação ou restrição de liberdade, alfabetizadas, a cada mês, um livro de obra literária clássica, científica ou filosófica, previamente selecionadas por uma comissão de docentes⁸⁹.

⁸³ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 651.

⁸⁴ GALVÃO, Fernando. *Loc. cit.*

⁸⁵ GALVÃO, Fernando. *Loc. cit.*

⁸⁶ GALVÃO, Fernando. *Loc. cit.*

⁸⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321-322.

⁸⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Op. cit.*, p. 322.

⁸⁹ Cf. <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=230>

O programa estabelece que a participação é voluntária, e o processo de leitura, produção de texto e avaliação leva 30 dias, dos quais 20 são para leitura, e três momentos presenciais de escrita, reescrita e escrita final e relatório de leitura ou de resenha, de acordo com o nível de escolarização, com acompanhamento de professor de língua portuguesa vinculados aos Centros Estaduais de Educação Básica para Jovens e Adultos que atendem o Sistema Prisional, tendo 6,0 (seis) como nota mínima de aprovação. Para viabilizar o projeto, o programa determina a disponibilização de uma biblioteca ou espaço de leitura em cada estabelecimento, com parceria da Biblioteca Pública do Paraná.

EM nível federal, o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013, estabeleceu critérios sobre a remição da pena pelo estudo e a sua admissão pela leitura. Em 2015, demonstrando uma adesão ao projeto e o cumprimento de uma política criminal humanitária e formativa, o CNJ noticiou que diversos outros projetos semelhantes foram colocados em andamento no país todo, mencionando projetos implementados em presídios de Tocantins, Goiás, Santa Catarina e Minas Gerais⁹⁰. A mesma reportagem informa ainda que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, estabeleceu, por meio de portaria, a possibilidade de remição de até 48 dias de sua pena, no período de um ano, por meio da apresentação de resenhas de obras literárias disponíveis da unidade prisional, cuja iniciativa apresentou grandes expectativas de expansão.

Infere-se da mesma reportagem, os seguintes comentários do Juiz Allan Martins Ferreira, sobre a implantação da iniciativa no presídio de Porto Nacional, em Tocantins: “A cada resenha aprovada eles ganham quatro dias a menos de pena. Ano passado, o interno que mais leu conseguiu fazer oito resenhas”. Até mesmo para os analfabetos criou-se uma forma de permitir sua participação no projeto: o preso alfabetizado se responsabiliza por ler o livro ao colega analfabeto, que deve apresentar sua opinião na oficina literária. Sobre isto, relatou o juiz: “Gostaria muito de transformar o presídio em um lugar mais dinâmico e não apenas um depósito de pessoas sem perspectiva”⁹¹.

Desta forma, passou-se a cumprir com a dignidade humana do apenado por intermédio de programas educacionais e formativos efetivos, de modo a possibilitar mecanismos de modificação de comportamento e de possibilidades profissionais futuras aos apenados.

No entanto, segundo dados do INFOPEN, apenas 12% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares, enquanto que apenas 2% de apenados estão em cumprimento de programas de

⁹⁰ Cf. <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79760-remicao-pela-leitura-ja-e-realidade-em-diversos-presidios-brasileiros>

⁹¹ Cf. <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79760-remicao-pela-leitura-ja-e-realidade-em-diversos-presidios-brasileiros>

leitura para obtenção de remição⁹².

Importante esclarecer que, embora existam previsões normativas que imponham e incentivem tais práticas, sem planejamento para implementar e criar infraestrutura nos estabelecimentos prisionais, tais normativas se tornam inócuas. Assim, após longos debates, no ano de 2011, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário editou a Resolução nº 09/2011, a qual previu a existência de áreas mínimas obrigatórias para educação, tratamento de dependentes químicos, visitas íntimas, oficinas de trabalho e outros espaços, cumprindo, portanto, com uma política criminal penitenciária adequada à humanização do cárcere.

Todavia, a inovação, no final de 2017, foi ceifada pelo mesmo órgão, pois, pela Resolução nº 06/2017, ocorreram mudanças drásticas no planejamento para implementação desses espaços. Por meio da alusiva Resolução as metragens dos espaços foram excluídas e as diretrizes constantes na resolução original deixaram de ser obrigatórias e passaram a ser meras orientações não vinculantes, ou seja, meras referências. Com esta mudança, os presídios ficam desobrigados a cumprir as diretrizes arquitetônicas determinadas pela resolução original, podendo escolher segui-las ou não, e dando-lhes liberdade para “apresentar projetos arquitetônicos próprios, com soluções arquitetônicas diferenciadas, considerando os aspectos intrínsecos à realidade prisional local” (parágrafo único do art. 1 da Resolução 06/2017).

Verifica-se, com isso, um verdadeiro retrocesso em direitos do apenado, notadamente, pelo fato de que o estudo corresponde a um direito fundamental, não apenas do cidadão em liberdade, mas, igualmente de um apenado, conforme ampla previsão normativa de nível constitucional e infra-constitucional mencionada.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a garantia de direitos fundamentais corresponde a uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana e, igualmente, da própria acepção de Estado de Direito⁹³, motivo pelo qual, busca-se verificar se uma redução de normas garantidoras de um direito fundamental, como o é a educação, estaria abarcada pela vedação de retrocesso.

Nesse caminho, afirma Sarlet que as “normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de direito positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que ‘uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele’”⁹⁴. Por isso, seguindo, igualmente, a doutrina de Joaquim Gomes Canotilho⁹⁵, reconhece-se que o núcleo de um direito fundamental

⁹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualização Junho de 2016. SANTOS, Thandara (Org.). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 53-54.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 444.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 455.

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina,

(neste caso a educação para o apenado) já efetivado pelo Estado não pode ser simplesmente restringido ou descumprido.

4 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o direito à educação, enquanto direito social, deve ser efetivado para todos os cidadãos, notadamente para àqueles em submissão e restrição de liberdade em virtude de penas em cumprimento. Nesse sentido, diversas normativas foram criadas para assegurar tal direito. Porém, com a Resolução nº 06/2017 do CNPCP, foi implementado um verdadeiro retrocesso, o que resultará, inegavelmente em uma lesão direta às políticas criminais humanitárias que norteiam a Lei de Execução Penal brasileira. Por tal motivo, essa resolução necessita ser revogada, a fim de se efetivar e respeitar o núcleo essencial do direito fundamental mencionado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Guilherme Oliveira de. **O princípio da intervenção mínima e o direito penal de risco**. 2009. 196. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, Paraná.

ARANÃO, Adriano. **Conhecimento das leis e democracia**: a importância do conhecimento do direito na formação e inclusão social do cidadão. Birigui: Editora Boreal, 2014.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo** – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a Marteladas**: (algo sobre Nietzsche e o Direito). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

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

COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade humana**: Teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José de Faria. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. Curitiba: Edição Saraiva, 1980.

2003, p. 327.

- DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y Prevención General** – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Buenos Aires: B de F Ltda, 2007.
- GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GIACOIA, Gilberto. Invasão da Intimidade. *In: Argumenta*, n. 1. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2001, p. 11-23.
- _____. Justiça e Dignidade. *In: Argumenta*, n. 2. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2002, p. 11-31.
- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização Junho de 2016**. SANTOS, Thandara (Org.). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.
- MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. **O princípio da dignidade como instrumento jurídico de inclusão social**. Ponta Grossa: Toda Palavra, 2011.
- NALINI, José Renato. **Por quê filosofia?** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SANTOS, Eduardo Pereira. Execução criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 10, n. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, p. 107-119.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**, 3.^a Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humano e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade: Alternativa à pena privativa de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. Direito Penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito. *In*: COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 251-283.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2010.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. v. 1: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OS CRIMES CIBERNÉTICOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E SUA NOVA ROUPAGEM: A VINGANÇA PORNOGRÁFICA E O CYBERBULLYING

Hugo Stéphano Rufino BELEZZI¹

RESUMO

O presente artigo abordará os crimes cibernéticos trazendo seu conceito e definição em face ao ordenamento jurídico na atualidade para a tratativa sobre o delito em tela, os principais bens jurídicos protegidos que são violados através do cometimento deste, a legislação infraconstitucional que trata do referido, trazendo inserções e alterações na legislação em vigência, os tipos de crimes mais comuns na atualidade cometidos pela internet em referência a um crescimento considerável de casos de vingança pornográfica, aguardando sanção presidencial e o *cyberbullying* que consiste em um tipo de assédio moral, delitos estes que foram surgindo a partir da evolução do referido crime, onde se levará em conta a necessidade de estabelecer uma legislação mais específica e aplicada para coibir os criminosos que utilizam deste meio, com o intuito de trazer uma maior segurança jurídica para quem utiliza deste meio.

PALAVRAS-CHAVE: crimes cibernéticos, vingança pornográfica, *cyberbullying*.

ABSTRACT

This article will deal with cyber crimes, bringing its concept and definition to the current legal order for dealing with crime on the screen, the main protected legal assets that are violated through its commitment, the infraconstitutional legislation that deals with that, bringing insertions and changes in current legislation, the most common types of crimes committed on the internet today in reference to a considerable increase in cases of pornographic revenge, awaiting presidential sanction and cyberbullying consisting of a type of bullying, crimes that were arising from the evolution of this crime, which will take into account the need to establish more specific and applied legislation to curb the criminals who use this means, in order to bring greater legal security to those who use this means.

KEY WORDS: Cyber crimes, pornography revenge, cyberbullying,.

INTRODUÇÃO

Devido aos avanços da tecnologia, que a cada dia trazem diversas utilidades a todos os indivíduos que usufruem da rede mundial de computadores, a internet, como meio de informação, de lazer, de estudos, de compra e venda dentre outras finalidades, atualmente podemos obter acesso a ela não só pelos computadores, mas também pelos celulares, smartphones, tablets, entre outros instrumentos utilizados na rotina diária das pessoas.

Porém, apesar das incomplevidades e vantagens oferecidas pela internet, esse cenário também é favorável para a prática de crimes, em que cada vez mais as pessoas se valem desse meio

¹ Graduando do oitavo do curso de Direito pela Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE) de Presidente Prudente/SP. Possui graduação – Superior Tecnólogo em Agronegócio pela Faculdade de Tecnologia (FATEC) de Presidente Prudente/SP. Possui experiência com telecomunicações e segurança pública na área de defesa civil.

para a realização dos mais variados tipos de delitos, pois com o surgimento da internet, esses já tipificados pelo Código Penal passaram a ser praticados também on-line, assim como surgiram novas modalidades que passaram a ser exercidas através da utilização deste meio, dando ênfase as modalidades do *Cyberbullying* e a vingança pornográfica.

Neste contexto, os crimes cibernéticos, que apesar de estarem cada vez mais presentes na realidade brasileira, carecem de legislação específica, onde houve uma pequena adequação aos dispositivos já existentes na legislação e a criação de alguns acerca de algumas infrações. Diante desse cenário, o presente artigo busca, primeiramente, elucidar o conceito dos crimes cibernéticos. Adiante, analisará uma abordagem de como o ordenamento jurídico brasileiro pode tratar da matéria diante da falta de legislação específica infraconstitucional e perante a nossa Carta Magna.

Para a elaboração deste artigo, foi utilizado o método lógico-dedutivo através da realização de pesquisas bibliográfica com/sem livros doutrinários, revistas jurídicas, artigos científicos e a análise da legislação específica e sua interferência dentro do Código Penal em face desse novo meio para o cometimento de delitos, tendo como justificativa para a elaboração desta pesquisa baseia-se na evolução dos meios de comunicação e a utilização cada vez mais intensa da rede mundial de computadores (INTERNET) e a utilização por parte de criminosos que utilizam desta ferramenta para o cometimento de diversos delitos e dos novos que vão surgindo como a vingança pornográfica e o *cyberbullying*.

CONCEITO DE CRIMES CIBERNÉTICOS

O conceito de crimes cibernéticos será abordado neste capítulo, porém precisaremos ter uma compreensão do conceito de crime, bem como tratamento sobre a nomenclatura utilizada acerca do referido tema além dos bens jurídicos tutelados por este tipo de delito.

De início, tecemos a conceituação do crime na qual possui análise diversificada por diversos doutrinadores em face dos aspectos material, formal e analítico.

No prisma de conceito material de crime, Rogério Greco (2017, p.60) refere-se ao crime como sub *espécie iuris*, no sentido de considerar o crime ‘todo o fato humano, proibido pela lei penal’ conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes. Guilherme de Souza Nucci (2017, p.76) tem sobre o conceito material a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, ameaçada de pena. Conceito este é de forma aberta e informa o legislador sobre as condutas que merecem serem transformados em tipos penais incriminadores.

O conceito formal de crime na sua concepção, segundo Greco (2017, p.60) onde por sua

vez, supera este formalismo considerando o ‘crime todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade’. Conceito este na concepção de Nucci (2017, p.76), “é a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno”.

Os conceitos acima mencionados não trazem com precisão a definição de crime, surgindo assim, o conceito analítico de crime, trazendo suas características ou elementos que, na concepção de Prado (2005, p.135):

“A ação, como primeiro requisito do delito, só apareceu com Berner (1857), sendo que a ideia de ilicitude, desenvolvida por Ihering (1867) para área civil, foi introduzida no Direito Penal por obra de von Liszt e Beling (1881), e a de culpabilidade, com origem em Merkel, desenvolveu-se pelos estudos de Binding (1877). Posteriormente, no início do século XX, graças a Beling (1906), surgiu a ideia de tipicidade.”

Cabe salientar que o crime será abordado através do aspecto analítico ou formal para alguns autores, critério adotado tendo em vista ser de forma mais completa, tratando o mesmo em seu aspecto geral e em *lato sensu*.

Trazendo a abordagem de forma geral, o conceito de crime por si somente é um tanto quanto complexo de ser apresentado, haja vista os posicionamentos por parte dos doutrinadores acerca do tema, onde há as teorias bipartida, tripartida e a quadripartida.

Para Capez e Prado (2012, p.55) “crime é todo fato típico e ilícito”. Os autores detalham ainda, discorrendo sobre a sua concepção bipartida sobre que “culpabilidade não integra o conceito de crime”.

Acerca deste conceito, como discorre Delmanto (2016, p.121) definindo que:

[...]sendo dominante a teoria tripartida (crime é o fato típico, antijurídico e culpável), ao passo que a teoria dos elementos negativos do tipo vem crescendo e ganhando relevante consistência (para a qual o tipo é indissociável da antijuridicidade, havendo, com a exclusão da antijuridicidade, a própria exclusão da tipicidade), sendo o crime, assim, o fato típico e culpável[...]

Destarte, outra corrente disciplina o tema de forma divergente com o entendimento acima, uma vez que além do binômio fato típico mais antijuridicidade, ainda complementa a conceituação de crime, incluindo a culpabilidade caracterizando a teoria tripartida do crime trazendo o fato típico, antijurídico e culpável.

Nucci (2017, p.154) destaca a culpabilidade sendo como “importante elemento do crime, na medida em que representa o seu enfoque subjetivo, isto é, dolo e culpa”.

Para Bitencourt (2007, p.210), discorrendo sobre o tema diz que “o conceito analítico, predominante, passou a definir o crime como ação típica, antijurídica e culpável”.

Ainda sobre a temática abordada, Nucci (2017, p.763) aponta de forma minuciosa o conceito de crime em face da teoria tripartida, discorrendo acerca do tema:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada ao modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuricidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade).

Vimos acima que o conceito da teoria tripartida do crime possui uma definição mais ampla que a teoria bipartida, sendo esta adotada de forma mais ampla pelos doutrinadores.

Para alguns doutrinadores, há uma diferença entre crime e delito, na seara do Direito Penal, o delito é abordado como sinônimo de crime, uma vez que grande parte dos doutrinadores traz como o próprio crime, como se observa por meio de uma das definições de Bitencourt (2007, p.205):

A atual concepção quadripartida do delito, concebido como ação, típica, antijurídica e culpável (essa concepção pode ser definida como tripartida, considerando comento os predicados da ação, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade), é o produto de construção recente, mais precisamente, do final do século XIX.

Cabe salientar que independente da nomenclatura de crime ou delito, o conceito de crime, este, objeto de divergência na doutrina contemporânea, tem fundamental importância para que possamos compreender o tema do presente trabalho.

Destarte, depois dos apontamentos sobre a definição de crime, passaremos a abordar os crimes cibernéticos.

Na conjuntura atual, com os progressos tecnológicos na área da informática e telecomunicações, surgem então os denominados crimes cibernéticos. No entanto, não existe uma nomenclatura padronizada para os respectivos delitos, antes de conceituar os crimes cibernéticos, importante pontuarmos uma parte da temática, sendo esta relativamente básica perante aos leigos, mas que causa polêmica e divergência entre os doutrinadores que abordam o assunto por isso esses são intitulados também de cibercrimes, crimes de informática, crimes tecnológicos, delitos computacionais, crimes digitais, crimes virtuais, crimes informáticos, crimes cometidos por meio eletrônico, entre outros. Apesar da falta de tipificação legal, os referidos crimes correspondem a todas as condutas já tipificadas em nosso ordenamento jurídico, praticadas através da utilização de tecnologia.

Acerca do referido tema, assevera Silva (2015, p.39):

[...]que não há uma nomenclatura sedimentada pelos doutrinadores acerca do conceito de crime cibernético. De uma forma ou de outra o que muda é só o nome atribuído a esses crimes, posto que devem ser observados o uso de dispositivos informáticos, a rede de transmissão de dados para delinquir, o bem jurídico lesado, e ainda deve a conduta ser típica, antijurídica e culpável.

Crime de informática propriamente dito é aquele praticado contra o sistema de informática ou através deste, compreendendo os crimes praticados contra o computador e seus acessórios e os

perpetrados através de computador. Incluem-se nesse conceito os delitos praticados através da Internet, pois pressuposto para acessar a rede é a utilização de um computador. (CASTRO, 2003, p. 14).

Para Wendt e Jorge (2012, p.1) traz como nomenclatura o termo “crimes cibernéticos” como sinônimo de crimes de virtuais por entender que se trata de um termo genérico, porém se tratando das especificidades também pode-se abordar com outras denominações como crimes cometidos por meios eletrônicos, crimes de alta tecnologia, cibercrimes, crimes digitais, crimes de informática dentre outros termos mais.

Com relação ao ciberespaço, uma das primeiras noções doutrinárias surgiu por volta de 1992, época que não havia um desenvolvimento tecnológico tão expressivo, onde a tecnologia de acesso remoto limitava-se a poucas aplicações baseadas principalmente no modelo de teleprocessamento, dentre elas a telefonia analógica. Mesmo assim, Sterling apud Kim (2008, p.213) bem explicou que “ciberespaço é o ‘lugar’ onde a conversação telefônica parece ocorrer. Não dentro do seu telefone real, o dispositivo de plástico sobre sua mesa. [...] [Mas] O espaço entre os telefones. O lugar indefinido fora daqui, onde dois de vocês, dois seres humanos, realmente se encontram e se comunicam.”

Acerca desse ponto, o “cyberespaço” na forma que o conhecemos na atualidade não pode ser entendido especificamente como um espaço real na acepção física da palavra. Entretanto, revela-se como um lugar genuíno onde coisas reais lá acontecem, em razão da prática de ações humanas reais, próprias e individuais, capazes de gerar relações jurídicas em sentido amplo e que podem ter consequências muito específicas.

Isto posto e enfatizando que, em que se pese o não consenso dentre os doutrinadores que abordam o tema e a diversidade de nomenclaturas acerca deste, todas abarcando as diversas condutas ilícitas realizadas por algum tipo de dispositivo tecnológico, a que será utilizada neste artigo é a de “Crimes Cibernéticos” por entender-se que a realização das condutas são dadas em um ciberespaço sendo um lugar imaginário, onde temos acesso somente pelo computador, mesmo assim precisa estar ligado à realidade pelo uso que temos feito dele nos dias atuais, transformando-o em um espaço intermediário entre o mundo imaginário e o mundo real

Os crimes cibernéticos referem-se a todos os delitos cometidos utilizando computadores ou internet, por meio de uma rede pública, privada ou doméstica. Crimes estes têm como objetivos, sendo de forma diversa e variada de acordo com os interesses do infrator. Além disso, as formas do cometimento também são diversas e podem atingir apenas um usuário, vários usuários ou inclusive um sistema de redes completo.

Assim, crimes cibernéticos possuem uma ampla definição e podem buscar atingir de forma

direta uma pessoa por meio da internet ou apenas o próprio computador do usuário. O criminoso, além disso, poderá cometer vários crimes ao mesmo tempo e em diversos lugares ao mesmo tempo, utilizando diversos computadores. Os Crimes cibernéticos são crimes praticados em ambientes virtuais. Os crimes cibernéticos podem ser classificados de diversas maneiras. As duas mais conhecidas são: crimes de informática próprios e os impróprios.

Para compreender o alcance da expressão Crime Cibernético, devemos além do suporte da doutrina tradicional, abstrair o conceito de crime para abarcar toda conduta humana típica, antijurídica e culpável praticada por meio ou contra um recurso tecnológico. Ou seja, toda conduta humana ilícita, de acordo com o ordenamento jurídico de um estado, realizada por meio ou contra um recurso tecnológico.

A evolução tecnológica e a popularização da internet têm gerado grandes impactos na sociedade. Não diferente, as ciências jurídicas também passaram a ser impactadas, principalmente na seara criminal, uma vez que o crescimento do uso da tecnologia e da internet possibilita a prática de crimes complexos. (SANTOS, 2009, p.29)

Os crimes cibernéticos são os delitos praticados contra ou por intermédio de computadores, ou seja, são condutas indevidas praticadas por um computador. (WENDT; JORGE, 2012, p.18)

Em uma abordagem mais ampla, segundo Alves. (apud FIORILLO; CONTE, 2016, p.187) pode-se conceituar estes crimes como ilícitos cometidos por intermédio de Internet ou com o auxílio desta, de forma que cause algum tipo de dano a vítima, ou ainda, práticas ilícitas penais contra computador ou contra as informações contidas no mesmo.

Dessa forma, temos como entendimento, não limitarmos apenas à utilização do computador, mas incluímos a possibilidade do fato típico ser praticado por qualquer meio ou recurso tecnológico disponível ao infrator, a exemplo de em aparelho telefônico celular, um tablet, um dispositivo móvel de rastreamento de sinal, um modulador de sinal digital, dentre outros, bem como, a possibilidade da conduta típica recair sobre o próprio equipamento, que ora pode ser instrumento para a prática do ilícito, ora, o ilícito pode recair sobre o equipamento - tanto na parte física (hardware) quanto na parte imaterial (software).

Conforme exposto os conceitos referentes aos crimes cibernéticos, evidencia-se que tais delitos são crimes cometidos por meio de dispositivo tecnológico, sendo este cometido única e exclusivamente por meio de tecnologia ou fazendo o uso de tal tecnologia apenas como meio acessório, onde a conduta poderia ser praticada sem o auxílio da internet.

PRINCÍPIOS PENAIS DE GARANTIA DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Os princípios são fontes normativas do Direito que visam direcionar, nortear, traçar uma

diretriz para que determinadas normas e regras sejam inseridas com um propósito mútuo em nosso ordenamento para a aplicação de leis e sua finalidade. Nesse aspecto de definição, autores renomados trazem em nossa doutrina conceitos práticos de princípios (ÁVILA, 2014, p. 102):

[...] princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido.

O princípio da dignidade humana, um dos mais importantes princípios aclamados em nossa Constituição Federal de 1988, que é inerente a todo e qualquer ser humano e pressuposto ao reconhecimento e proteção aos Direitos Fundamentais, nos remete a uma vertente como o direito à informação que está previsto no artigo 5º em determinados incisos da nossa Lei Maior.

Esse princípio identifica um espaço de integralidade moral a ser assegurado por todas as pessoas por sua só existência no mundo, e a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e os valores de espírito, como as condições materiais de subsistência (BARROSO, 2003, p.38).

Neste ponto, mister lembrar que sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, e se considerando que o direito penal interfere no bem mais precioso do ser humano (a liberdade), só haverá atuação da seara penal quando a lesão ao bem jurídico justificar.

Importante ressaltarmos o princípio da legalidade (reserva legal), que enuncia a premissa de que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem previsão legal, ou seja, nenhum crime poderá ser tipificado e nenhuma sanção poderá ser aplicada se não houver previsão legislativa. Princípio este previsto no texto constitucional no artigo 5º, inciso XXXIX² e possui clara função de evitar o arbítrio do poder estatal de punir, garantindo com isso maior liberdade do cidadão.

Consoante é suscitado às garantias fundamentais da propriedade intelectual, prevista no inciso IX³ e o Direito a intimidade e à vida privada em seu inciso X⁴, direitos esses que foram tão aclamados em todo o processo histórico do nosso estado Democrático de Direito, mas que atualmente se encontram abalados perante o atual avanço tecnológico.

Quando falamos da liberdade de expressão, pretende-se demonstrar que a pessoa pode fazer uso de todos os recursos tecnológicos existentes para exteriorizar seu pensamento para o mundo. Assim, desponta a Internet como um dos principais mecanismos para o exercício de tal direito, já que ela possibilita ao usuário recursos gratuitos para expor a todas suas opiniões.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

³ IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁴ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

No tocante da liberdade de expressão, acompanha a definição por Alexandre de Moraes (1997, p. 18):

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

Silva (2006, p. 241) aponta a liberdade de pensamento ou de opinião como a liberdade primária, por ser ponto de partida de todas as outras, devendo ser entendida como a liberdade da pessoa adotar determinada atitude intelectual ou não, isto é, de tomar a opinião pública que crê verdadeira sem restrições. Quando esta liberdade primária sai do plano meramente intelectual e passa a ser exteriorizada, origina-se, de maneira direta, a liberdade de expressão.

O direito à liberdade de expressão, este constitucionalmente assegurado, enquanto direito individual e fundamental. Como todo direito, sofre restrições, sendo a Constituição Federal expressa ao garantir aos terceiros prejudicados a indenização por danos materiais e morais. A temática se complica quando o exercício abusivo da liberdade de expressão vai de encontro aos interesses do próprio agente divulgador da informação, onde proceder-se-á com a análise de como a Internet contribuiu para a maximização do exercício da liberdade de expressão, gerando tal problemática com tamanhas proporções.

René Ariel Dotti (2010) assevera que a Intimidade está inserida na Vida Privada como se fossem dois círculos - teoria dos círculos concêntricos: a Intimidade seria um círculo concêntrico e de menor raio que a Vida Privada. Quanto maior for a proximidade das informações a revelar das esferas de intimidade e segredo, maior peso terá que assumir as razões para a sua revelação, do ponto de vista do interesse público.

Na concepção de Bastos (2000, p. 194-195), o inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal "oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano". Esta seria a finalidade da adoção da regra contida naquele inciso.

Esses incisos estão vinculados ao direito à informação e também à liberdade informática, pois se utiliza através de instrumentos desse meio para manter-se informado e também para comunicar a população.

É importante destacar a diferença entre esses dois bens juridicamente tutelados em nossa Carta Magna, pois o Direito a intimidade se refere à esfera íntima do indivíduo, suas convicções,

hábitos, dentre várias outras particularidades. Já em se tratando da vida privada, a nossa Constituição visa a proteger sua liberdade individual e familiar perante o meio externo e eventuais investigações.

Esse conceito acompanha a definição por Alexandre de Moraes (2016, p. 122):

Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

No mesmo raciocínio o referido autor indica a necessidade de indenização por danos materiais e morais nos atos em que afrontam a dignidade da pessoa humana por violação ao direito da intimidade e da vida privada. E foi justamente nesse contexto que o legislativo elaborou a Lei nº 12.737 de 30 de novembro 2012, decorrente ao escândalo envolvendo a atriz Carolina Dieckmann, cuja intimidade e privacidade foram violadas através da internet. Por fim, por mais que tenha repercussão na esfera cível, deve-se mencionar a Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, abordando princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, esta lei certamente influenciou toda a legislação penal subsequente, sendo capaz de alterar profundamente a atual situação jurídica ligada a crimes cibernéticos, dando ampliação aos bens jurídicos tutelados.

BEM JURÍDICO TUTELADO

Acerca do bem jurídico tutelado nos crimes cibernéticos, primeiramente é importante explanar sobre o bem jurídico tutelado. Teceremos de início uma noção conceitual de bem jurídico, conforme dispõe um dos mais renomados doutrinadores (PRADO, 2003), que nos esclarece de que é trazido tanto pelos princípios constitucionais pertencentes à matéria penal como pelos princípios de Direito Penal constitucional que é de extrema relevância, eis que a moderna ciência penal impescinde de uma base empírica, de um vínculo com a realidade que lhe propicie uma razão de existência. De acordo com o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, todo delito deve lesar ou pôr em perigo de lesão determinado bem jurídico.

Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 202) conceitua bem jurídico como “como todo o valor da vida humana protegido pelo Direito”.

A proteção em um Estado Democrático de Direito está diretamente associada ao bem jurídico, sob o ponto de vista constitucional, sendo considerada legítima quando socialmente necessária. No entendimento de Luiz Regis Prado (2005, p. 70), há uma equivalência ao dizer quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade humana.

O bem jurídico passa necessariamente pela análise do delito no tempo, tendo em vista a consideração de que o crime é uma ameaça de lesão a tal, no entendimento de Luiz Regis Prado (2005, p. 274), de que este é um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou meta individual reputado com essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico penalmente protegido.

Com relação aos crimes cibernéticos, pode-se dizer que a prática delitiva que se utiliza da internet como meio para atingir a finalidade ilícita, viola bens jurídicos garantidos por nossa Carta Magna como a intimidade, a privacidade, a liberdade de expressão, dentre outros de suma importância.,

Os bens jurídicos conforme a concepção de Claus Roxin (2009) definindo os bens jurídicos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nos objetivos”.⁵

Na temática, Heleno Cláudio Frago (2003, p. 330) define o bem jurídico:

[...] é o bem humano ou da vida que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica.

A atuação do direito penal no Estado Democrático de Direito deve ser subsidiária e fragmentária, ou seja, atua apenas na proteção dos bens jurídicos quando os demais ramos do direito não foram suficientes para tanto. Assim, para a imposição do mal maior da pena, característica do direito penal, que restringe o principal bem do cidadão (liberdade), indispensável se faz a verificação de uma agressão violenta ao bem jurídico que justifique a intervenção desse ramo do direito.

O bem jurídico tutelado nos crimes cibernéticos não são a inviolabilidade dos programas (*softwares*) propriamente, mas, sim, da informação armazenada nos dispositivos informáticos, isto é, dos dados, uma vez que os programas são constituídos por dados. Essa inviolabilidade dos dados, por sua vez, é a manifestação do direito à privacidade e intimidade presente no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Os crimes a serem abordados no presente trabalho têm como o bem jurídico a ser tutelado a liberdade individual, além de outras liberdades nos crimes cibernéticos, onde o tipo penal está

⁵ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18. E ainda: “(...) son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.” (ROXIN, Claus, Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito, cit., v. 1, p. 56).

expresso no capítulo que regula os crimes contra a liberdade individual, previsto nos artigos 146 ao 154 do Código Penal, em sua Seção IV – Dos Crimes contra a inviolabilidade dos Segredos, crimes estes previstos nos artigos 153 a 154 – B do referido código e também podemos afirmar que é tutelada a privacidade das pessoas como a intimidade e vida privada, bem jurídico este albergado pelo texto constitucional em seu artigo 5º, inciso X.

LEGISLAÇÃO ACERCA DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Conforme este tipo de delito foi evoluindo, nosso legislador criou dispositivos para coibir este tipo de ilícito, adequando à nova realidade. Dentro do contexto foram criadas leis infraconstitucionais, tais elas: Lei nº 11.829/08, que combate a pornografia infantil na internet, vindo a alterar a redação dos artigos 240 e 241, acrescentando os artigos 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E, da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 9.609/98, que trata da proteção da propriedade intelectual do programa de computador; a Lei nº 9.983/00, que tipificou os crimes relacionados ao acesso indevido a sistemas informatizados da Administração Pública no Código Penal, inserindo os artigos 168-A, 313-A, 313-B e 337-A e alterando a redação dos artigos 53, 296, 297, 325 e 327; a Lei nº 9.296/96 disciplinou a interceptação de comunicação telemática ou informática; a Lei nº 12.034/09, que delimita os direitos e deveres dentro da rede mundial, durante as campanhas eleitorais.

No entanto, esta parte do ordenamento esteve sem cobertura legal específica, pois, apenas em 2012 o nosso legislador federal editou as duas leis que atualmente norteiam o direito informático, a Lei n.º 12.735 de 2012 que tipifica as condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou semelhante, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares, alterando os dispositivos no Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 Código Penal, Decreto-Lei nº 1.001 de 1969 Código Penal Militar e na da Lei n.º 7.716 de 1989, prevendo a possibilidade de o juiz, verificando a ocorrência de crimes cometidos na esfera virtual relacionados à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, determinar a cessação da transmissão que contenha o referido delito, a Lei n.º 12.737 de 2012 insere os artigos 154-A e 154-B que trata da invasão de dispositivo informático e sua ação penal e altera a redação dos artigos 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública e 298 – falsificação de documento particular.

Por fim, por mais que tenha repercussão na esfera cível, deve-se mencionar a Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, abordando princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, esta lei certamente influenciou toda a legislação penal subsequente, sendo capaz de alterar profundamente a atual situação jurídica ligada

a crimes cibernéticos.

Recentemente, foi aprovado o Projeto de Lei 18/2017, que criminaliza o registro ou divulgação não autorizados de cenas da intimidade sexual de uma pessoa, conhecida como vingança pornográfica contra mulheres na qual terá pena de dois a quatro anos, além de multa, alterando dispositivos da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal) infração esta aguardando sanção presidencial.

VINGANÇA PORNOGRÁFICA

Acerca do referido tema, tecemos de início sua conceituação na qual a nomenclatura a ser utilizada vingança pornográfica ou pornografia de vingança possui raízes na expressão *revenge porn* (em inglês), conhecida assim nos Estados Unidos, conduta esta possui legislação específica. Tem como referência ao ato de divulgar, através da internet, fotos ou vídeos contendo cenas de nudez ou sexo, sem autorização da pessoa que está sendo exibida, com o propósito de causar dano à vítima.

Para Fredi, Marinho e Nedez (2016, p.53), a definição da pornografia da revanche deve ser analisada tomando em separado o significado de cada termo, do qual se compreende ser a “revanche” a vingança praticada pelo (a) companheiro(a), ou, ex-companheiro (a) da vítima e, a pornografia, como a divulgação de material de cunho erótico sem autorização.

Segundo de Louzada e Rocha (2016, p. 105) tal conduta vem:

[...] da prática de expor intimidade, principalmente, de jovens mulheres por seus parceiros ou ex-parceiros, como forma de ridicularizá-las, ou vingar-se por algo cometido por elas, principalmente pelo término de um relacionamento amoroso.

Observamos que há possibilidade de concluirmos *a priori* que a terminologia traz de forma enumerada os casos nos quais houve divulgação de conteúdo íntimo e ofensivo a personalidade dos sujeitos em razão de uma vingança, praticada por indivíduos que tenham ou tiveram uma relação afetiva com a vítima, e da qual os envios realizados anteriormente, mesmo que tenham sido consensuais, a exemplo, os famosos envio de “*nudes*” e vídeos contendo relações sexuais.

Contudo, devemos salientar que a obtenção destes materiais não chegará de forma espontânea nas mãos dos sujeitos ativos, uma vez que o dispositivo que contenham os arquivos poderão ser objeto de furto e posteriormente esses arquivos serem disseminados na rede mundial de computadores (INTERNET).

Atente-se que para além da “revanche” praticada pelo sujeito em face de outro, sobretudo, da mulher, o conceito guarda um importante aspecto envolto ao comportamento da vítima, que teria cedido o material anteriormente, tal como se o exercício de sua liberdade sexual fosse à causa

primária da pornografia intentada.

Assim, o conceito e definição de vingança pornográfica, termo no qual utilizaremos neste artigo consiste na divulgação de material erótico sem autorização da parte, mediante a realização de uma vingança pessoal e sagaz, embora em muitos casos tenha sido esse material cedido de livre vontade pela vítima anteriormente na relação amorosa que mantinham.

Essa prática tem como o objetivo de o agressor punir a vítima, constringendo-a mediante a exposição de fotos, vídeos ou áudios íntimos dela, isso na maioria das vezes tendo como motivação a não aceitação do término da relação amorosa ou por qualquer outro motivo que achar conveniente. Ressaltamos que na maioria dos casos as mulheres são as principais vítimas desse delito, porém também estão sujeitos a sofrer o constrangimento os homens, os transexuais e os travestis.

As vítimas após a disseminação do conteúdo nas redes sociais, ficam marcadas e acabam pagando um preço alto. As consequências enfrentadas são imensas e se estendem ao ponto da exposição de toda sua vida. Com a divulgação do conteúdo no mundo cibernético, as consequências são quase irreversíveis devido a velocidade com que as informações surgem é tamanha, bem como a rede de pessoas recebendo, além de não se poder ter noção de quantas pessoas estão armazenando. A sociedade tende ainda a culpabilizar a vítima de forma a facilitar o compartilhamento do conteúdo e criar estereótipos e pré-conceitos. Cabe afirmar então, que são diversas as sequelas causadas pela conduta; psicológicas e econômicas, bem como o fácil alcance do objetivo do ofensor, quase impossível de remediar.

No âmbito penal, os operadores do direito estão utilizando de outros dispositivos contidos na legislação que procuram punir quem divulgou o conteúdo. A vingança pornográfica é ajustada aos crimes contra a honra, previstos no Código Penal, os quais punem quem atribuir a outrem fato ofensivo, chegando a três anos de detenção, sabendo-se que essa pena poderá, eventualmente, ser substituída por restritiva de direitos.

Portanto, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a prática do da vingança pornográfica recai como conduta tipificada pelos crimes de difamação e/ou injúria, previstos nos artigos 139⁶ e 140⁷ do Código Penal. Ambos estão classificados como crimes contra à honra, sendo que a

⁶ Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

⁷ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

difamação abrange a honra objetiva da pessoa, e a injúria a honra subjetiva.

Se a vítima da vingança pornográfica for mulher e existir o vínculo afetivo entre agressor e vítima, doutrina e jurisprudência reconhecem a pornografia não consensual como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo que será aplicada a Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha, conforme previsão do seu art. 5º, III. A conduta será considerada violência psicológica ou moral contra a mulher, conforme leitura do art. 7º, II e V do referido dispositivo legal (SERENO, 2017, p. 1).

Quando a vítima da vingança pornográfica em questão for criança ou adolescente na época em que as fotos ou vídeos foram feitos, estão aplicando o art. 241 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, sendo a punição de 4 a 8 anos de reclusão e multa. As condutas envolvendo crianças e adolescentes, tipificadas nesse artigo, são oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio ou adquirir, possuir ou armazenar, por quaisquer meio imagens ou vídeos de sexo explícito envolvendo menor de idade.

O projeto de lei que aborda o assunto, este já para sanção presidencial aborda a tipificação da vingança pornográfica trará três pontos que serão modificados na legislação brasileira que incluirá a expressão “comunicação” no rol dos direitos previstos no artigo 3º da Lei Maria da Penha; o reconhecimento de que a violação da sua intimidade consiste em uma das formas de violência doméstica e familiar, acrescentando o inciso VI ao art. 7º da Lei Maria da Penha e a tipificação da exposição pública da intimidade sexual, alterando o Código Penal para inserir um “novo” tipo (artigo 140-A), mais um dentre os crimes cuja persecução penal se dá através da ação privada (CASTRO, 2018).

CYBERBULLYING

Para darmos início sobre o tema, será necessário um breve conceito sobre o termo *bullying*, palavra esta de origem inglesa e sem tradução exata para o português, tem com o característica comportamentos violentos, principalmente no ambiente escolar, contudo, esses podem se fazer presentes nos mais diversos meios, seja no âmbito familiar, como também no território profissional, mais conhecido com *mobbing*, apresentando-se como um sinônimo para o assédio moral (BARBOSA, 2015).

Na concepção de Galia (2015) acerca do assunto, tal termo remete a condutas agressivas de forma intencional e repetitiva, sem que, no entanto, esse comportamento transgressivo apresente qualquer motivação específica e justificável, muito ao revés, apenas se baseia no fato de se

§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

maltratar, intimidar, humilhar ou mesmo amedrontar vítimas, como puro e único “objeto de diversão”.

Com o crescimento de forma desenfreada dessa prática, os reflexos jurídicos vão se desencadeando de forma gradativa e continuada, onde a legislação teve que se adaptar e inovou com a criação da Lei nº 13.185 de 06 de novembro de 2015 que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying), na qual seu artigo primeiro⁸ institui o combate a tal prática em todo território nacional.

Assim, para uma melhor utilização do dispositivo, a lei supracitada traz uma definição própria para esse tipo de agressão, tipificando *bullying*, em seu art. 1º, § 1º, trazendo características que exemplificam exemplos de condutas que configuram violência, sendo estas definidas pelo seu art. 2º como as práticas através ataques físicos, insultos pessoais, comentários sistemáticos e apelidos pejorativos, ameaças por quaisquer meios, grafites depreciativos, expressões preconceituosas, isolamento social consciente e premeditado e pilhérias.

O parágrafo único do artigo supra traz a intimidação sistemática via rede mundial de computadores o *cyberbullying* com o intuito depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial, sendo sua classificação elencada pelo inciso VII do art. 3º⁹ que traz o *cyberbullying* onde o meio virtual é utilizado para o cometimento do delito.

Freitas (2016) destaca como objetivos do referido Programa à prevenção e o combate ao *bullying* em todos os espaços reais e virtuais, a capacitação de equipes pedagógicas e docentes para o reconhecimento e enfrentamento do problema e a assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores, com intuito de tentar sua inserção no meio social. prevê, ainda, a responsabilização de escolas, clubes e agremiações recreativas caso não seja feita conscientização, prevenção, diagnose e combate à intimidação sistemática

O *cyberbullying* como conceito consiste na violência contra uma pessoa praticada através da internet ou de outras tecnologias relacionadas (meios virtuais). Gália (2015) assevera que a prática do *cyberbullying* tem como a utilização do espaço virtual para usar como intimidação e hostilizar uma pessoa, sendo de forma mais vista no ambiente escolar com colegas de sala de aula, professores, no ambiente de trabalho como chefes, subordinados, colegas de mesma hierarquia ou

⁸ Art. 1º Fica instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying) em todo o território nacional.

§ 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

⁹ Art. 3º A intimidação sistemática (bullying) pode ser classificada, conforme as ações praticadas, como:
VIII - virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social.

mesmo pessoas desconhecidas, utilizando de formas difamatórias, com insultos ou atacando de forma covardemente.

Este autor ainda destaca que tal prática nada mais é do que *bullying* praticado por meio de novas tecnologias com a utilização da rede mundial de computadores (INTERNET). Uma análise de forma aprofundada acerca do tema, nos evidenciará que esta pode configurar como uma forma mais grave, perpetuando a situação de vitimização em virtude das configurações da internet, que permite o livre e simultâneo fluxo das informações, fazendo com que as informações se propaguem de forma quase que instantaneamente, alcançando um número indefinido de internautas. Aliado a tudo isso, o que se publica na web como imagens, vídeos, fotos, palavras e recados postados em redes sociais – como *Facebook*, *Instagram*, *Snapchat*, *Twitter*, dentre outros, pode ser facilmente capturado pelos demais internautas, que podem armazenar esse conteúdo, como disseminá-lo entre outras pessoas. Isto é, de outro modo, que devido ao fluxo de informações, este pode perder o controle sobre as informações postadas, podendo qualquer um armazenar esse conteúdo, como disseminá-lo entre outras pessoas.

Nesse diapasão, no campo penal, dependendo por óbvio da intenção do agressor, sua prática poderá ser tipificada como hipótese de crime de ameaça, racismo, injúria, calúnia, difamação ou até lesão corporal. Em sede de aplicação Estatuto da Criança e do Adolescente, caberá a aplicação dos crimes descritos nos artigos 240 e 241-A da Lei nº 8.069/90 –donde verificamos a busca pela proteção maior, tendo como bem jurídico tutelado, da liberdade e dignidade da criança ou do adolescente. (VANCIM, GONÇALVES, 2011).

O assédio moral virtual, muito comum nas relações de trabalho, em que algum colega quer se vingar de alguém que se destaca no serviço, na empresa. Nesse sentido, o assédio moral virtual mais comum é o do tipo horizontal, entre colegas de mesma hierarquia dentro da organização do trabalho. A prática do assédio moral por meio virtual provoca efeitos reais muitas vezes mais danosos do que ocorreria em situações análogas no assédio moral presencial. Neste sentido, o *ciberbullying* abrange um maior número de pessoas (internet) em um menor espaço de tempo do que ocorre no assédio moral presencial.

O anonimato favorece a prática do *ciberbullying*, pois é possível difamar, caluniar ou injuriar alguém, agressão podendo ser direcionada a uma pessoa física ou pessoa jurídica, provocando um dano de grande extensão em um curto espaço de tempo, onde há meios do assediado virtualmente se defender ou denunciar a prática lesiva.

CONCLUSÃO

Diante do cenário atual, com a expansão acelerada da rede mundial de computadores

(INTERNET), fica cada vez mais explícita na sociedade o cometimento de crimes ocorridos por meios de dispositivos eletrônicos, decorrente do fácil acesso a informações diversas dos usuários que fazem uso da rede mundial de computadores para as mais variadas finalidades, desde o uso de informações de registros financeiros, em se tratando dos trâmites comerciais via rede, até dados pessoais, em se tratando de informações vinculadas a administração pública e ao particular e conforme este avanço, os crimes também vão evoluindo como o *cyberbullying* sendo este como forma de assédio moral e a vingança pornográfica sendo este uma forma de violência moral.

Portanto, ao analisarmos as dificuldades em inserir esses delitos no nosso ordenamento jurídico, podemos dizer que já existem leis esparsas que adentraram dispositivos no âmbito penal, mas estamos iniciando, em “passos curtos”, uma nova realidade social inserida na Legislação Brasileira.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Maria Ester. **A responsabilidade civil e o bullying**. Disponível em: <<https://mariaester.jusbrasil.com.br/artigos/220409704/a-responsabilidade-civil-e-o-bullying>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo Saraiva, 2002. v. 1.

_____, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2848, de 7 dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 8069, 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: 15 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 11340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe

sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 11829, de 25 de novembro de 2008. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11829.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 12737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais**. 2ª edição. p. 14.

CASTRO, Pablo Domingues Ferreira. **Lei sobre vingança pornográfica é mais um aceno para Direito Penal simbólico**. *Revista Online Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/lei-vinganca-pornografica-aceno-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRESPO, Marcelo. **Revenge Porn: A Pornografia da vingança**. JUSBRASIL. Disponível em Acesso em: 06 jun. 2018.

DA SILVA, Patrícia Santos. **Direito e crime cibernético: análise da competência em razão do lugar no julgamento de ações penais**. Brasília: Vestnik, 2015.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no ambiente digital e a sociedade da informação**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREDI, Alice Rossato; MARINHO, Isabella Carvalho; NEDEL, Nathalie Kuczura. **Pornografia da revanche: o grande mal da sociedade informacional**. In: _____. *Direito da Informática: da Normativa e da negativa a emergência*. 1ª coletânea. Santa Maria: Fadisma, 2016. p. 52-61.

FREITAS, Filipe Augusto Cursino. **Comentário sobre a lei “antibullying” lei no 13.185, de 06 de novembro de 2015 uma tentativa de solução**. *Revista Psychiatry on line Brasil*. São Paulo, v. 21, n. 2, 2016.

Disponível em: < <http://www.polbr.med.br/ano16/pia0216.php>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

GALIA, Rodrigo Wasem. **Cyberbullying: conceito, caracterização e consequências jurídicas**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/cyberbullying-conceito-caracterizacao-e-consequencias-juridicas>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

KIM, Joon Ho. **Cibernética, ciborgues e ciberespaço: notas sobre as origens da cibernética e sua reinvenção cultural**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v10n21/20625.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

LOUZADA, Marcelle Cardoso; ROCHA, Nathalia Falco. **A transição entre sexting e a pornografia da revanche na nova sociedade do espetáculo**. In: _____. *Revolução Digital: análises e perspectivas das novas tecnologias*. Vol 1. 1ª ed. Santa Maria: Fadisma, 2016. p.103-117.

MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. **Direito a intimidade e privacidade**. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1997.

_____, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, arts 1º ao 120**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 3. 9ª ed. São Paulo: RT, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luis Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. **As múltiplas faces dos Crimes Eletrônicos e dos Fenômenos Tecnológicos e seus reflexos no universo Jurídico**. São Paulo. OAB-SP, 2009. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/24156044/I-Livro-sobre-Crimes-Eletronicos-da-OAB-SP>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

SERENO, Giordano Alan Barbosa. **Pornografia não consensual: o problema da falta de tipificação penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63138/pornografia-nao-consensual-o-problema-da-falta-de-tipificacao-penal/2>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. **Crimes Informáticos**. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013. p. 65.

_____, Túlio Lima. **Fundamentos de Direito Penal Informático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VANCIM, Adriano Roberto; GONÇALVES José Eduardo Junqueira. **Os cybercrimes e o cyberbullying-apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade**. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=7&ved=0CE4QFjAG&url=http%3A%2F%2Fbd.tjmg.jus.br%2Fjspui%2Fbitstream%2Ftjmg%2F395%2F1%2FD4v1992011.pdf&ei=r8qbUvP9AejesATv6IBo&usg=AFQjCNHbasQKAKXwReAMw5lBnA-ucU4uRw>>. Acesso em 02 jun. 2018.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos**. Ameaças e Procedimentos de Investigação. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: A INTERNET COMO MEIO DIFUSOR DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Flávia Adriana GUEDES¹
Luiz Fernando KAZMIERCZAK²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo explorar o contexto no qual se insere o fenômeno da pornografia de vingança, ou, como deve ser melhor tratada, a divulgação não consentida de imagens íntimas e a atual contribuição da *internet* como difusor de tal violência. Tendo como base a violência de gênero, objetivou-se explorar como uma situação tão presente nos atuais relacionamentos possa implicar em um ato violento no caso de uma eventual divulgação, especialmente se analisado o contexto histórico e social de violência contra a mulher, no qual a sociedade contemporânea está sedimentada. Partindo desse pressuposto, fez-se uma análise de como a *internet* vem contribuindo para a expansão dessa violência em diversos aspectos, aumentando assim o impacto sofrido pela vítima, sendo possível vislumbrar como características próprias do ciberespaço ajudam na potencialidade do dado.

PALAVRAS-CHAVE: Pornografia de vingança. Violência de Gênero. Internet.

ABSTRACT

The purpose of this article is to explore the context in which the phenomenon of revenge porn is inserted, or, as should be better dealt with, the nonconsensual disclosure of intimate images and the current contribution of the internet as a diffuser of such violence. Based on gender violence, the objective was to explore how a situation so present in current relationships could lead to a violent act in the event of possible disclosure, especially if the historical and social context of violence against women was analyzed, in which society is settled. Based on this assumption, an analysis was made of how the Internet has contributed to the expansion of this violence in several aspects, thus increasing the impact suffered by the victim, and it is possible to glimpse how the characteristics of cyberspace help in damage potential.

KEY WORDS: Revenge porn. Gender Violence. Internet.

INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe-se enfrentar uma questão que está em voga nos últimos anos com a frequente vinculação midiática de casos onde imagens íntimas de mulheres acabam sendo divulgadas. Com motivações diversas, os autores buscam a *internet* para efetivar a ofensa, o que acaba implicando em situações constrangedoras às vítimas, muitas vezes fazendo com que as mesmas encerrem suas vidas.

O estudo a seguir, investiga as questões relativas à pornografia de vingança e os motivos que levam a internet atuar como difusor dessa forma de violência. Para uma melhor assimilação do

¹ Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO).

² Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO) e da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

que é a divulgação não consentida de imagens íntimas, é necessário compreender alguns aspectos nos quais pauta-se nosso contexto social.

As diversas formas de violência, especialmente as de gênero, surgem com base em elementos que arquitetaram a sociedade contemporânea. Para tanto, o estudo foi alinhado dentro do recorte da violência de gênero, pois busca-se estabelecer as causas que levam as mulheres figurarem como vítimas mais relevantes de tal agressão.

É necessária uma revisão histórica afim de estabelecer as bases e motivações da cultura de violência contra a mulher contra a mulher. Essa retomada histórica busca traçar parâmetros que expliquem a violência sofrida no âmbito sexual, no qual a mulher ainda é vitimada.

Como o crime ocorre de maneira predominante na internet, o estudo do papel da mesma como vinculadora de violências de gênero é essencial. Aparentes características natas ao ciberespaço supostamente contribuem para as violências em seu meio sejam recorrentes, o que pretende ser comprovado por meio de revisão bibliográfica de livros e artigos científicos especializados sobre o tema.

1. EXPOSIÇÃO DA IMAGEM FEMININA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Fenômeno da cultura *pop*, a série americana *Game of Thrones* (2011) em uma de suas diversas cenas apresenta uma punição característica de uma religião fictícia. A chamada “caminhada da vergonha” exige que o pecador caminhe nu diante de toda a população da cidade como ato de contrição e arrependimento por todos seus pecados. Uma das personagens principais da ficção, a rainha Cersei, é condenada e realiza essa caminhada sendo tripudiada por seus súditos. Os pecados da carne são os submetidos à caminhada da vergonha, já que afrontam a moralidade religiosa e à coroa.

Ainda na ficção, Hester Prynne de *A Letra Escarlate* é condenada diante da cidade por crime de adultério e, como pena, obrigada a usar uma letra “A” na cor vermelha bordada em suas roupas. Esse símbolo é constantemente abordado como um dos principais julgamentos à doutrina puritana do século XVII e sua condenação ao prazer e aos pecados contra a família (SYDOW; CASTRO, 2017).

Essas histórias fictícias muito se relacionam com histórias verídicas. Nos dias atuais, é possível encontrar, com uma infeliz facilidade, casos em que mulheres foram ridicularizadas ao serem expostas e terem barreiras de intimidade violadas. Há ainda um moralismo que cerca o gênero feminino com diversos padrões sociais que exigem cumprimentos de condutas precisas.

Em linhas gerais, antes da construção do conceito gênero, a divisão das pessoas era dada pelo sexo biológico do nascimento o que limitava apenas a existência binária de homens e mulheres

pela identificação sexual do órgão genital (SEVERO, 2013). No entanto, o conceito biológico está sendo aos poucos superados pelo entendimento de gênero como uma série de construtos que englobam relações de poder entre pessoas (SOARES, 2004 *apud* SEVERO, 2013).

Nesse sentido:

O conceito de gênero se mostrou uma ferramenta capaz de identificar como determinadas posições não masculinas são inferiorizadas e como esta capacidade institucional e social de interiorização está a serviço de garantir a hegemonia do universo masculino; gênero não é apenas um conceito ou um campo de estudos, mas uma relação de poder (SEVERO, p. 69, 2013).

Levando em conta esse novo conceito, a análise contida neste trabalho mesmo que se refira à mulher, deve ser entendida fora da binariedade biológica homem-mulher, para então englobar todas as questões de violência que predominaram durante os séculos até os presentes dias, culminando na divulgação não consentida de imagens íntimas. Isso se deve, pois, para Severo (p. 66, 2013), o gênero “diz respeito às construções sociais e masculinidades e feminilidades que tem uma gênese cultural e não apenas biológica”, o que nos leva além do entendimento padrão do sexo biológico, mas questões relacionados ao feminino ao longo dos tempos.

Nesse sentido, a valorização da mulher em sociedade perdurou enquanto os grupos não pautavam suas atividades na força física e havia divisão igualitária de tarefas³. Nessas sociedades, a mulher era a divindade máxima por sua capacidade de gerar vida e dar continuidade à espécie, o que teria originado a inveja por sua capacidade de gerar a vida, conforme é explicado a seguir:

A mulher era considerada um ser sagrado, que possuía o privilégio dado pelos deuses de reproduzir a espécie. Os homens se sentiam marginalizados nesse processo e as invejavam. Essa primitiva “inveja do útero” dos homens é a antepassada da moderna “inveja do pênis”, que sentem as mulheres nas culturas patriarcais mais recentes. (MURARO, 2015, *sem paginação*).

A consciência da participação na reprodução foi assim, aos poucos, transformando os papéis dos sexos dentro das esferas sociais que pertenciam. É com a chegada da Inquisição que, segundo Truzzi (2016, p. 44), a mulher sofre o ápice da submissão relacionada ao seu gênero, visto que “(...) só o fato de ser mulher já as colocava como um ‘receptáculo do mal’ e, assim, com tal pretexto, iniciou-se uma das grandes matanças da humanidade amparada pelo legislador-inquisidor, com o respaldo teológico da época”.

Dentro do período pelo qual a inquisição prevaleceu, a criminologia deu seus primeiros passos ao consolidar legislações que demonstravam a força do poder punitivo diante de certos grupos. As pessoas que viriam a ser consideradas bruxas se tornariam inimigos públicos, dignos de repressão, onde todas as formas deveriam ser empregadas justificadamente para seu combate

³ Entretanto, BUZZI (2015, p. 14), defende que historicamente entre homem e mulher nunca “houve uma partilha do mundo em igualdade de condições”. Significando assim que sempre em algum momento da história, haveria uma desigualdade devido a dinâmica de dominação que viria a se estabelecer.

(MENDES, 2017).

(...) não é no período medieval que as mulheres são afastadas da esfera pública⁴. Entretanto, é a partir da baixa Idade Média, especificamente, que se constrói o mais perfeito e coordenado discurso, não somente de exclusão ou limitação da participação feminina na esfera pública, mas de sua perseguição e encarceramento como pertencente a um grupo perigoso (MENDES, 2017).

As mulheres vão, aos poucos, sendo dominadas e limitadas, bem como o exercício da sexualidade para não outro objetivo senão ao da reprodução. Foucault (2017) aponta que o último sinal da sexualidade como busca do prazer deu-se por encerrado durante o período vitoriano, quando a classe burguesa, diretamente influenciada pelos dogmas religiosos, exerceu, em conjunto, sua força na sociedade corrente na época. Ainda segundo Foucault (2017), a sexualidade foi assim absorvida pelo único propósito de que se constituía a família conjugal, a reprodução e perpetuação da espécie.

Houve uma dura mudança de postura social no que se referia ao sexo, tornando-se definitivamente um pecado que afrontava o puritanismo da burguesia dominante no século XVII, acabando por transformar o prazer em profano (FOUCAULT, 2017).

O discurso religioso de submissão e repressão sexual não era novo, mas teve maior impacto nas ditas classes sociais mais abastadas, uma vez que uma de suas funções dentro da organização social era de zelar pelo que se considerava como moral na época (FOUCAULT, 2017). Essa estreita relação entre burguesia e religião em seus papéis de dominação acabavam surtindo o efeito desejado nesses substratos sociais.

A influência não gozou de bons resultados naquelas que podem ser entendidas como as camadas mais pobres da época, o que ajudou a influenciar na segregação de pessoas que viriam a ser consideradas de boa ou má índole, já que deixavam de pactuar com o comportamento socialmente aguardado (FOUCAULT, 2017). Esse acordo, implícito na sociedade, ajudou a reforçar o que seriam condutas boas ou más, o que seria o esperado e o marginalizado no exercício da sexualidade, especialmente aquelas realizadas pelas mulheres, cuja observância era feita de forma mais intensa.

Reflexos disso podem ser observados no Brasil ao final do século XIX e início do século XX, onde os costumes populares divergiam do comportamento da burguesia dominante (SOIBET, 2008). Nesse contexto, apesar de apoiado pelo pensamento científico, especialmente no que escrevia a criminologia do século XIX, permanecia como objeto de valor social o recato feminino. O papel da mulher no aspecto social passou a ter uma única função especial, de reprodução e

⁴ Mendes (2017) remonta aos tempos contemporâneos à existência de Cristo, onde, salvo raríssimas exceções, as mulheres eram proibidas do convívio público, não sendo contabilizadas nem em cultos religiosos. Diversas civilizações impediam que as mulheres tivessem acesso ao espaço público, garantindo o poder sobre elas a seus pais e maridos.

criação dos filhos:

As características atribuídas às mulheres eram suficientes para justificar que se exigisse delas uma atitude de submissão, um comportamento que não maculasse sua honra. Estavam impedidas do exercício da sexualidade antes de se casarem e, depois, deviam restringi-la ao âmbito do casamento. Cesare Lombroso (...), com base nesses pressupostos, argumentava que as leis contra adultério só deveriam atingir a mulher não predisposta para esse tipo de comportamento. Aquelas dotadas de erotismo intenso e forte inteligência, seriam despidas do sentimento de maternidade, característica inata da mulher normal (...) (SOIBET, 2008, p. 363).

Dessa forma, tanto nesse período de evidente urbanização da sociedade brasileira como na época da burguesia puritana do século XVII, houve tentativas de dominar o feminino. A mácula da honra da mulher era intrinsecamente ligada à postura de subordinação exigida socialmente, um comportamento virtuoso e casto que, definitivamente, colocava à margem da sociedade aquelas mulheres de classes populares cujo exercício da sexualidade iniciava-se antes mesmo do casamento (SOIBET, 2008).

A expectativa social do comportamento submisso impôs à mulher que ignorava os preceitos sociais uma situação de risco e de marginalização, pois as que continuaram a exercer sua sexualidade, tinham em seus comportamentos uma justificativa de aferir sua culpa às violências que sofriam. Ao utilizar esse recorte para analisar a divulgação não consentida de imagens íntimas, pode-se levar a crer que:

Historicamente, a imagem da mulher foi associada com castidade e o recato, dessa forma a mulher que tem a sua vida sexual exposta acaba sofrendo consequências sociais ainda maiores que os homens. Esse tipo de crime torna clara a situação de desigualdade entre os gêneros, ainda nos dias de hoje; diminui a mulher na esfera social e reforça uma cultura de opressão (RODRIGUEZ; DUTRA, 2016, p. 161).

Antes a prática precoce da sexualidade coadunava-se, portanto, aos pensamentos criminológicos proferidos por Lombroso, pois, a resposta dos desvios humanos encontrava-se em sua própria natureza (MENDES, 2017), justificando a punição para certos agentes por suas ações, vez que não estavam dentro do padrão social. Nesse ponto, considera-se que quem não se portava conforme era ordenado, deveria ser punido por ser naturalmente corrompido por ser “(...) um doente, um escravo de sua herança patológica (...) que está incapacitado para compreender” (MENDES, p. 38, 2017).

Portanto, dentro do acordo firmado socialmente ao considerar formas de comportamentos sexuais marginais, as mulheres de antes que fossem violadas em sua dignidade sexual e obedeciam tais imposições, tinham a garantia de proteção (VANCE *apud* VALENTE *et al.*, 2016). Hoje, tal noção de barganha não pode ser entendida mais como predominante, o que, no entanto, não significa em efetiva igualdade de gêneros dentro do âmbito sexual, vez que “(...) o medo que as mulheres sentem de repreensão e punição pela atividade sexual não diminuiu (...)” (VANCE *apud*

VALENTE *et al.*, 2016, p. 14) e, a partir disso, novas maneiras sofisticadas de perpetuar a violência contra a mulher iniciam-se.

2. A VIOLÊNCIA POR TRÁS DA DIVULGAÇÃO NÃO CONSENTIDA DE IMAGENS INTIMAS

Os discursos sobre a liberdade sexual feminina atualmente são bem distintos daqueles que um dia foram proferidos no passado. O último século veio para romper barreiras já estabelecidas, inovações que favoreceram a libertação da mulher e sua emancipação, especialmente no âmbito da sua sexualidade (TRUZZI, 2016). Hoje, o discurso direciona-se cada vez mais na busca de romper estigmas passados e dar plenitude à mulher e ao seu corpo, para além dos direitos reprodutivos, que um dia foram pauta principal dos debates.

Há ainda grande resistência no enfrentamento e superação de certas questões do gênero, dado que “existe a revalorização do prazer feminino, mas sem a perda da repressão quando da sua busca” (DAVID; MORAIS, 2017, p. 48), mantendo, portanto, as antigas limitações sobre a dignidade da mulher que rompe certos padrões normativos de sexualidade, bem como seu poder de autodeterminação⁵.

Essa repressão pode ser entendida como uma violência, pois, como já bem observado, a sociedade está estruturada dentro de um histórico de violência contra a mulher e submissão (CAVALCANTI; LELIS, 2016). Destarte “violência (e a ameaça de violência) é uma forma de controle social”, diante disso, “a violência constantemente surge como forma de reafirmar o poder em situações de ameaça a representações ligadas à identidade, que surgem especialmente em relações próximas e íntimas” (VALENTE *et al.*, 2016, p. 14-15). Portanto, se antes havia domínio completo sobre a mulher, seu corpo e sua sexualidade, agora há um confronto direto com a antiga dinâmica de dominação, especialmente naquelas relações onde ainda se entende haver certa subordinação (CAVALCANTI; LELIS, 2016).

De certa forma, apesar de constituir como uma forma de violência contra a mulher, certas situações permanecem como normais ou sem muita importância para parte das pessoas:

(...) diz-se que a cultura de violência contra a mulher é inerente ao comportamento humano, vez que se trata de expressão cultural que ultrapassa gerações, renovando-se de forma diversificada com o passar dos anos. (...) por ser acontecimento corriqueiro e já banalizado por grande parte da sociedade, a frequência das práticas de violência de gênero ganhou significativa proporção, isto porque aqueles que não a praticam entendem-na como

⁵ No contexto de liberdades estabelecidas dentro de um direito fundamental ao ser humano, Mendes (2017, p. 193) defende que dentro da realidade vividas por mulheres, há maior importância de aplicar conceitos relativos a tal direito. Utilizando-se de conceitos de Alexy, é essencial que à mulher seja garantido a liberdade negativa em suas opções de como agir, além da liberdade positiva em poder agir livremente. No trabalho em questão, utiliza-se tal conceito de liberdade positiva, vez que se deve resguardar a liberdade diante da produção de material íntimo sem agravos.

Isso se reflete em questões sobre a possível responsabilidade da vítima pelo crime a qual foi atingida. Vê-se muito a justificativa quando se trata de crimes que atingem a orbita sexual da pessoa afligida, apontamentos sobre seu vestuário, suas companhias e lugares que frequentava, bem como outros comportamentos privados que possuía, buscam reduzir a potencialidade ofensiva da conduta do autor (SYDOW; CASTRO, 2017) e a mesma coisa tenta-se aplicar aos casos da divulgação não consentida de imagens íntimas.

Desse modo:

(...) mesmo quando as fotografias são captadas pela própria vítima ou com sua anuência manifesta, a prolação não autorizada merece penalização. Ao enviar suas imagens, a vítima vale-se das relações de confiança que inspiram o vínculo afetivo com o agressor, este fato não justifica o argumento a 'autocolocação em risco' (CAVALCANTI; LELIS, 2016, p. 64).

A partir disso, vê-se a possibilidade de dar um real tratamento de violência contra a mulher, inclusive estendendo a proteção da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) à vítima do crime. Nesse sentido, Bianchini (*apud* VALENTE *et al.*, 2016) afirma que a violência existente de forma intrínseca na pornografia de vingança vai muito além da mera noção de quebra ao padrão feminino, uma vez que trata de uma representação pura do aspecto de propriedade às avessas do corpo feminino. A autora, em sua visão, salienta que o crime existe com propósito de tornar a intimidade da mulher algo público, porque, dentro da compreensão de vingança original, coloca-se o corpo de quem se nega a permanecer dentro de um relacionamento à disposição de outras pessoas, estabelecendo um domínio público com o único intuito de impedir novos relacionamentos da vítima e outras penas mais.

Sendo assim, constata-se a existência de diversas possibilidades de violência dentro da divulgação não consentida de imagens íntimas. Todas as modalidades contribuem para a perpetuação da violência de gênero e manutenção de padrões sociais relacionados a comportamentos sexuais entendidos como tipicamente femininos e masculinos.

3. A INTERNET COMO FORMA DE PROPAGAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Diversos posicionamentos classificam a divulgação não consentida de imagens íntimas como problema novo e atual. Em partes, é possível concordar quando se defende que trata-se de um problema recente, contudo não é exclusivo dos dias atuais⁶, mas que ganhou proporções antes

⁶ Sydow e Castro (2017) comentam diversos casos que iniciaram as discussões sobre a exposição sexual feminina com objetivo de ridicularização, sendo que, um dos mais notórios deu-se em meados da década de 1970 nos Estados Unidos. A Revista *Hustler*, publicada pela empresa *Larry Flynt Publications* tinha como foco o conteúdo dirigido ao público adulto e possuía uma coluna intitulada "Beaver Hunt" onde os leitores recebiam quantias em dinheiro em troca de fotografias íntimas que, em tese, deveriam ser consensuais, para serem publicadas. Entretanto, logo

inimagináveis com a inserção da sociedade contemporânea na era digital (SYDOW; CASTRO, 2017).

Popularmente, a divulgação não consentida de imagens íntimas é chamada de pornografia de vingança. Vinda da expressão em língua inglesa *revenge porn*, consiste em divulgar conteúdos de cunho sexual de alguém, sem o consentimento de quem produziu o referido material. Entretanto, o empregar o termo pornografia de vingança pode levar a banalização de certas situações, pois nem sempre o material divulgado foi obtido com consentimento ou com intuito de agradar alguém com quem a vítima mantinha relacionamento:

O termo “pornografia de vingança” é enganoso em dois aspectos. Primeiro, os perpetradores nem sempre são motivados pela vingança. Muitos agem por um desejo de lucro, notoriedade ou entretenimento, incluindo hackers, fornecedores de gravações de câmeras escondidas ou “de baixo para cima” e pessoas que distribuem fotos roubadas de celulares. O termo “pornografia de vingança” também é enganoso, na medida em que implica que tirar uma foto de si mesmo nu ou envolvido em um ato sexual (ou permitir que outra pessoa tire essa foto) é pornográfico. Mas criar imagens explícitas dentro do contexto de um relacionamento íntimo e privado - uma prática cada vez mais comum - não equivale a criar pornografia. O ato de divulgar uma imagem privada e sexualmente explícita para alguém que não seja o público-alvo, no entanto, pode ser descrito com precisão como pornográfico, uma vez que transforma uma imagem privada em entretenimento⁷ sexual público⁸. (FRANKS, 2015, p. 2)

Franks (2015) também menciona que o referido material pode ter sido utilizado como objeto de extorsão e ameaça da vítima, antes que a divulgação ocorra. A autora menciona também casos onde tal material foi produzido em detrimento de outro crime, como no caso de um estupro filmado, tal como o ocorrido no Rio de Janeiro no ano de 2016, onde uma adolescente foi vítima de um estupro coletivo e teve suas imagens captadas sem o devido consentimento e posteriormente divulgadas em uma rede social.

Fora o cuidado ao dar o nome ao fato, também deve-se ater ao verbo utilizado para descrever o ato. Certos verbos limitam a abrangência da questão, por vezes diminuindo sua potencialidade ofensiva, pois “em relação a ‘vazamento’, semanticamente, seu uso poderia levar à desoneração de responsabilidade do autor da ação (...) dando a impressão que se trataria de um

casos de consentimentos forjados e fotografias publicadas sem consentimento surgiram e a sessão começou a ser usada como objeto para condutas de exposição de mulheres por seus ex-parceiros.

⁷ Cavalcante e Lelis (2016) trazem a informação de que sites pornográficos, como o XTube, um dos maiores nesse sentido, são mantidos, em sua maioria, por conteúdos pornográficos fornecidos por seus usuários, onde muitos desses vídeos são divulgações sem consentimento de vídeos e imagens íntimas. Em sites do gênero, entre as etiquetas que categorizam os vídeos, as que identificam sexo amador estão entre as mais pesquisadas.

⁸ Tradução Livre. No original “The term ‘revenge porn’ is misleading in two respects. First, perpetrators are not always be motivated by vengeance. Many act out of a desire for profit, notoriety, or entertainment, including hackers, purveyors of hidden or ‘upskirt’ camera recordings, and people who distribute stolen cellphone photos. The term “revenge porn” is also misleading in that it implies that taking a picture of oneself naked or engaged in a sexual act (or allowing someone else to take such a picture) is pornographic. But creating explicit images in the expectation within the context of a private, intimate relationship - an increasingly common practice - is not equivalent to creating pornography. The act of disclosing a private, sexually explicit image to someone other than the intended audience, however, can accurately be described as pornographic, as it transforms a private image into public sexual entertainment” (FRANKS, 2015, p. 2).

acidente” (DAVID; MORAIS, 2017, p. 49).

Além disso, vale recordar que o uso de termos como “vazar” diminui consideravelmente a repercussão do crime na vida da vítima, além da possibilidade de se retirar a responsabilidade do autor que o fez dentro de uma ação que não pôde controlar. O que, eventualmente, pode acontecer dado a mecanismos de compartilhamento automático de alguns celulares em redes sociais, no entanto, dentro da atual conjuntura, não devem ser encarados como regra, mas como uma exceção:

Em tempos de internet, vazar é verbo intransitivo. Emaranhado em novos significados, muitas vezes perversos, o termo é utilizado em nosso vocabulário como sujeito oculto: caiu na internet, se espalhou, viralizou. Uma frase em um vernáculo, inofensiva, a princípio, expõe e esconde, simultaneamente, características de um mundo cada vez mais marcado pela rápida circulação e produção de informações colocadas na rede (...) (LINS, 2016, p. 247).

Além disso, vive-se em uma época de intensa exposição pessoal. O uso da imagem torna-se objeto de comercialização (BUSATO, 2014) e pessoas submetem-se constantemente a regimes de intensa exposição pessoal (VALENTE *et al.*, 2016). Basta acessar quaisquer das redes sociais disponíveis para se constatar tal informação; os chamados influenciadores da era digital estabelecem uma nova dinâmica entre consumidores e empresas.

Se antes, pessoas que saíam do anonimato e tornavam-se públicas, prezavam pela sua intimidade, hoje essas mesmas pessoas inauguraram formas de superexposição. Na *internet*, estabeleceu-se uma intensa comunidade de pessoas ávidas por informações e iniciou-se uma dificuldade em distinguir o público do privado diante de suas violações (VALENTE *et al.*, 2016).

Para David e Morais (2017, p. 46), atualmente, constata-se facilmente uma sociedade que está inserida em um novo contexto tecnológico no qual “observa-se o crescimento da utilização dessas ferramentas enquanto meio de perpetrar agressões”. Nesse sentido, Sydow e Castro (2017, p. 49) classificam a *internet* como “a mais poderosa ferramenta de difusão de mídias sexuais”, porque o usuário está inserido em um amplo contexto de criação e difusão de conteúdo de consumo rápido, sendo a principal característica das novas tecnologias de informação.

A exposição pornográfica não consentida, como disseminação não autorizada de imagem de nudez total ou parcial ou em ato sexual, ou ainda, gravações de sons produzidos em tais contextos, pode se dar por diversos meios (...). Entretanto, é inegável que o meio cibernético tornou-se o preferido para a prática da exposição pornográfica não consentida, em especial pela capilarização e velocidade de difusão. Daí porque o conceito, bem como o de vingança pornográfica, estão umbilicalmente associados à Internet (SYDOW; CASTRO, 2017, p. 48).

Segundo Franks (2011), os efeitos maléficos de crimes praticados em meios virtuais são agravados por conta de quatro peculiaridades. De acordo com a autora, o agravo decorre do anonimato, amplificação do alcance, permanência do conteúdo na rede e o cativo virtual ou, em outras palavras, o aprisionamento da vítima àquela condição na *internet*.

O anonimato representa a capacidade de o usuário tentar se esconder dos demais a fim de fugir das consequências de seus atos (FRANKS, 2011). No caso de divulgação não consentida de imagens íntimas, quando o autor não está motivado pela vingança propriamente dita, trata-se de característica fundamental para divulgação de conteúdos com o objetivo de perpetuar a violência, uma vez que dentro de uma dinâmica de poder que possa se estabelecer, o anonimato garante a impunidade que o usuário almeja (SYDOW; CASTRO, 2017).

Já a amplificação vincula-se na possibilidade de os “assediadores de encontrar rapidamente um público amplo para o seu assédio, incluindo os usuários que se juntarão ao assédio⁹” (FRANKS, 2011, p. 256). O que garante, por si só, a maximização dos efeitos provenientes da pornografia de vingança, tendo em vista que agora o alcance deixa de ser local e o público torna-se mais diversificado do que apenas aquelas pessoas do cotidiano da vítima.

Enquanto o anonimato e a amplificação do alcance garantem ao usuário o dano maximizado, a permanência do conteúdo na rede garante que a “violência continuada persegue a vítima em diferentes instâncias da vida” (RODRIGUEZ, DUTRA, 2016, p. 190). Conforme explicam Sydow e Castro (2017), dada a capacidade de o conteúdo multiplicar-se na rede, sendo hospedado em diferentes lugares, há uma inerente dificuldade de garantir ao ofendido o fim definitivo daqueles dados, havendo perpetuidade do fato.

Sobre o cativado virtual, Franks explica:

As opções para evitar ou sair de situações em que o assédio cibernético ocorre são extremamente limitadas. Considerando que atos específicos de assédio na vida real são frequentemente restritos a um único local (por exemplo, ser assediado na rua faz não necessariamente impactar a experiência de alguém no local de trabalho), os efeitos do assédio no ciberespaço podem se manifestar muito mais prontamente. Particularmente, se o ataque on-line é indexável por um grande mecanismo de pesquisa como o Google, ele é acessível a quase qualquer pessoa ¹⁰(...) (FRANKS, 2011, p. 256).

Quando se trata do meio virtual, as opções da vítima são limitadas pelo próprio alcance dessa amplitude, pois haverá sempre alguma chance de se deparar com as imagens divulgadas. Isso aumenta consideravelmente os danos nos ofendidos pelo crime, dado que, inevitavelmente há desdobramentos no cotidiano real da vítima e o risco de represálias intensificam-se ainda mais, quando são divulgadas informações pessoais da atingida com as imagens.

Algumas das vítimas acabam alegando medo de sofrer retaliações em suas rotinas pela exposição, porque a depender do contexto em que são inseridas, há uma inversão de valores e para

⁹ Tradução livre: No original “(.) harassers to quickly find a wide audience for their harassment, including users who will join in the harassment” (FRANKS, 2011, p. 256).

¹⁰ Tradução livre: No original “The options to avoid or exit situations in which cyber harassment occurs are extremely limited. Whereas specific acts of real-life harassment are often restricted to one place (for example, being harassed on the street does not necessarily impact one's experience in the workplace), the effects of cyberspace harassment can manifest much more readily. Particularly if the online attack is indexable by a major search engine like Google, it is accessible to almost anyone (...)” (FRANKS, 2011, p. 256).

alguns, isso significa autorresponsabilidade do padecente (DAVID; MORAIS, 2017). Isso se deve, visto que, conforme abordado anteriormente, haver a existência dos regimes de visibilidade, quando se trata da sexualidade, e, no caso da sexualidade feminina, se as barreiras estabelecidas forem violadas, a pessoa ainda sofre consequências em seu seio social.

Aponta-se, além dessas, outras características de como o ambiente cibernético pode ser usado como instrumento propagador de violência contra a mulher. A relativização, por parte dos usuários, de padrões que venham a ser considerados tradicionalmente como éticos e a impunidade constituem outros dois fatores (SYDOW; CASTRO, 2017).

Se cotidianamente, deve-se respeitar uma sucessão de princípios morais para que a convivência seja considerada aceitável, além da obediência aos mandamentos jurídicos, esses princípios parecem desaparecer no meio virtual. Consoante Sydow e Castro (2017), uma grande parte dos frequentadores entendem a *internet* como algo alheio e distante do mundo real, um lugar sem prevalência de leis e princípios éticos, cujas atitudes “mesmo que criminosas, podem ser toleradas, como se fossem mera brincadeira” (p. 86).

Outro aspecto, pode ser tomado, talvez, como a raiz de toda a problemática que envolve a questão da divulgação não consentida de imagens íntimas. A impressão de que as consequências no mundo virtual não serão sancionadas parece um atrativo para que ocorra a incitação à violência e ao assédio virtual (SYDOW; CASTRO, 2017). Isso decorre, como escrevem os autores, da “precariedade dos mecanismos legais de proteção às vítimas e da responsabilização dos autores dessa espécie delito” (p. 86).

O cenário em que ocorrem crimes como a pornografia de vingança deixa a vítima ainda mais vulnerável, uma vez que ainda há falha em questão da conscientização sobre a autonomia da mulher em todos os seus aspectos de vida, dentre eles, o sexual. Isso aliado as características próprias da internet, contribuem para que esta seja um veículo perpetuador de violências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou sob o recorte da violência de gênero, o uso da internet como forma de propagar a violência de gênero. Constatou-se que, dada a cultura de violência contra a mulher e os respectivos valores impostos a ela fazem com que o sexo feminino seja o mais atingido pela divulgação não consentida de imagens íntimas.

Isso se deve por importar em um rompimento de paradigmas de exercício de sexualidades entendidas como masculinas e femininas. A apropriação da mulher do seu corpo para determinadas práticas sexuais, apesar de desejada e muitas vezes estimulada, continua sendo reprimida como sanção em um possível descontentamento de parceiros sexuais ou pessoas que tomam conhecimento

dessas práticas.

A divulgação não consentida de imagens íntimas constitui um problema real que as vezes é encarado como fato corriqueiro e comum na vida cotidiana, um reflexo da cultura de violência contra a mulher impregnado na sociedade. Entretanto, apesar de ser encarado como trivial, constitui-se como violência contra a mulher fazendo com que a mesma sofra todas as consequências posteriores a divulgação.

A internet se populariza estabelecendo novos paradigmas do consumo e transito de informações. É com seu advento que outras características inerentes a sua existência e funcionamento tornam possível a prática de violências sem que os usuários sofram sanções mais severas. Essas características tornaram a divulgação não consentida de imagens íntimas, popularmente conhecida como pornografia de vingança, um crime tipicamente cibernético, alimentando diversos *sites* pornográficos com as imagens “vazadas”.

Tal como é rotina dentro dos crimes sexuais, por vezes a postura ativa da vítima em deixar-se filmar e fotografar ou produzir os referidos conteúdos por contra própria para alguém, busca sempre ser utilizada como argumento que desonere a responsabilidade do autor. Entretanto, essas questões vêm sendo afastadas, atribuindo-se a necessária responsabilidade pela prática do crime.

Dessa forma, a internet hoje torna-se o maior veículo de exposição sexual da mulher, baseado na inexistência de preceitos morais e éticos por parte do usuário, além de conceitos como a rápida propagação, anonimato do usuário, ampliação dos resultados alcançando efeitos maléficos às vítimas, etc. O leva a entender como um problema de violência inerente à sociedade atual que merece enfrentamento legal, afim de garantir uma melhor proteção à vítima.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marina Nogueira de; CAMPOS, Carmen Hein de. **A Disseminação de Imagens sob a Perspectiva Feminista**. IN: XXVI Encontro Nacional Do Conpedi Brasília – DF, 2017, Brasília/DF. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/j87661vw/HtO76kT8LKyYD555.pdf>> Acessado em Novembro de 2017.

BEDIN, Ismael Junior Murcah; SANDER, Annelise Cristine Emidio. **Revenge Porn: Brasil e Estados Unidos, Diferentes Sistemas Jurídicos, O Mesmo Problema: A Falta De Tutela**. IN: XXIV Congresso Nacional do Conpedi/Ufmg/Fumec/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y/f123DmTzvE41hqPm.pdf>> Acessado em novembro de 2017.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014.

BUZZI, Vitória De Macedo. **Pornografia de Vingança**: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2015. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/133841>>. Acessado em Novembro de 2017.

CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira; LELIS, Acácia Gardenia Santos. **Violência de Gênero Contemporâneo**: uma nova modalidade através da pornografia da vingança. Aracaju: Interfaces Científicas - Direito, [S.l.], v. 4, n. 3, p. 59-68, Junho, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118>>. Acessado em Julho de 2018.

FRANKS, Mary Anne. **Unwilling avatars**: idealism and discrimination in cyberspace. Columbia Journal of Gender Law, vol. 20(2), 2011. Disponível em <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1304&context=fac_articles>. Acessado em Abril de 2018.

_____. **Drafting An Effective “Revenge Porn” Law**. A Guide for Legislators, 2015. Disponível em <<https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2016/09/Guide-for-Legislators-9.16.pdf>>. Acessado em Julho de 2018.

FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade 1**: A vontade de saber. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

GAME OF THRONES. Produção de David Benioff e D. B. Weiss. Estados Unidos: Warner Bros. Television Distribution, 2011.

HAWTHORNE, Nathaniel. **A Letra Escarlate**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LINS, Beatriz Accioly. **“Th, vazou!”**: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”. Cadernos de Campo, São Paulo, p.2 46-266. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851/134104>>. Acessado em Março de 2018.

MORAIS, Renato Watanabe de; DAVID, Décio Franco. **Divulgação Desautorizada De Conteúdo Íntimo e os Processos De Vitimização**. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). O Lugar da Vítima nas Ciências Criminais. 1ª Edição. São Paulo: LiberArts, 2017. 45 – 59.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MURARO, Rose Marie. **Introdução**. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. O Martelo das Feiticeiras, 1 ed. Paginação Irregular. Rio de Janeiro: Best Bolso, 2015.

RODRIGUEZ, Liziane da Silva; DUTRA, Gabriela Ferreira. **Pornografia de Vingança**: a violência de gênero sob uma perspectiva social e legal. IN: XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba/PR. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/120638j8/oJ0Z823KEp0xRS75.pdf>>. Acessado em Novembro de 2017.

SEVERO, Rafael Adriano de Oliveira. **Gênero e Sexualidade**: Grupos de discussão como

possibilidade formativa. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

SOIBET, Rachel. **Mulheres Pobres e a Violência no Brasil Urbano**. In: PRIORE, Mary Del (org.). História das Mulheres no Brasil. 9. Ed. p. 362 – 400. São Paulo: Contexto, 2008.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet**: da Pornografia de Vingança ao Lucro. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

TRUZZI, Gisele. **A intimidade na Rede**: Assédio e Compartilhamento Não Autorizado de Conteúdo Íntimo no Direito Brasileiro. Revista Consulex Digital. 474 ed. p. 44 – 47. Outubro, 2016. Disponível em: <http://www.truzzi.com.br/blog/wp-content/uploads/2016/12/CONSULEX_Gisele-Truzzi-A-intimidade-na-rede_out2016.pdf>. Acesso em Setembro de 2017.

VALENTE, Mariana Giorgetti *et al.* **O Corpo é o Código**: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil. InternetLab: São Paulo, 2016.

RESPONSABILIDADE PENAL DO SERIAL KILLER

Andrezza Damasceno MACHADO¹
Meirielen Soares da CUNHA²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo pesquisar o assassino em série, aquele criminoso ameaçador que comete diversos delitos durante um lapso temporal, e que normalmente possui uma assinatura própria. O trabalho abordou determinadas doenças mentais para analisar a ação da inimputabilidade dos agentes portadores dessas enfermidades, a fim de demonstrar a pré-disposição patológica de um *serial killer* para a prática de tais crimes, avaliando sua definição, características e classificação, para que ao mesmo tempo seja feita sua distinção dos psicopatas e dos assassinos em massa, lembrando sempre que, embora tenha uma similaridade, nem todo indivíduo psicopata é denominado *serial killer* e nem todo *serial killer* é um indivíduo psicopata. O principal foco do trabalho foi desenvolver um estudo sobre o criminoso *serial killer*, averiguando a sanção penal a ser aplicada a esses indivíduos, comprovando a periculosidade deles para a sociedade e o modo como são tratados no Brasil e no mundo. Utilizou-se o método dedutivo, por intermédio de revisão bibliográfica, utilizando livros, artigos e material virtual como embasamento teórico, essa metodologia buscou autores e artigos com destaque ao referido estudo.

PALAVRAS-CHAVES: Culpabilidade. Responsabilidade. *Serial Killer*.

ABSTRACT

The present work has as objective to investigate the serial killer, that threatening criminal that commits several crimes during a temporal lapse, and that usually owns a signature of its own. The work covered certain mental illnesses to analyze the action of the inimputability of the agents carrying these diseases, in order to demonstrate the pathological pre-disposition of a serial killer for the practice of such crimes, evaluating its definition, characteristics and classification, so that at the same time is distinguished from psychopaths and mass murderers, always remembering that although it has a similarity, not every psychopathic individual is called a serial killer and not every serial killer is a psychopathic individual. The main focus of the work was to develop a study on the criminal serial killer, ascertaining the penal sanction to be applied to these individuals, proving their dangerousness to society and the way they are treated in Brazil and in the world. The deductive method was used, through a bibliographical review, using books, articles and virtual material as a theoretical basis. This methodology sought authors and articles with emphasis on this study.

KEY WORDS: Guilt. Responsibility. Serial killer.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva tratar os assassinos em série, sendo um estudo de grande importância, visto que eles estão em uma grande quantidade em nossa sociedade. O trabalho desenvolvido aborda questões psicológicas, com intuito de vislumbrar a mente do ser humano, focando na discussão sobre os criminosos seriais, o impacto que estes causam na sociedade e mais

¹ Discente do 10º termo do curso de Direito da FIO – faculdades integradas de ourinhos.

² Discente do 10º termo do curso de Direito da FIO – faculdades integradas de ourinhos.

do que isso, diferenciá-los dos assassinos comuns, uma vez que, embora haja uma semelhança, como apontado, nem todo psicopata é *serial killer* e nem todo *serial killer* é psicopata. Esse estudo se desenvolveu através da análise do comportamento desses indivíduos, esclarecendo sua definição, características que os distinguem dos assassinos e sua categorização. Além disso, há perfis diferentes de atuação dos assassinos em série, o que depende do grau de psicopatia que cada um desenvolve.

O Estado, através do seu direito de punir aqueles que praticam crimes, trata da inimputabilidade e semi-imputabilidade no Código Penal, protegendo aqueles indivíduos considerados doentes mentais, que ao tempo da ação ou omissão, eram totalmente incapazes de entender o caráter ilícito do fato, e de determinar-se de acordo com este entendimento. Porém, ocorre que alguns assassinos seriais, possuem absoluta consciência de suas condutas e plena capacidade de autodeterminação.

O estudo em questão teve seu desenvolvimento em três capítulos, que em seu primeiro capítulo buscou conceituar acerca da imputabilidade, no segundo capítulo abordou as características e o perfil do *serial killer*, e por fim, no terceiro capítulo, apresentou a penalidade sobre o *serial killer*, ainda no mesmo capítulo, citou alguns fatos verídicos com *serial killers* no Brasil e no mundo.

A metodologia aplicada ao trabalho baseou-se pela pesquisa bibliográfica, empregou-se o método dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica, notadamente das obras de Ilana Casoy, Antonio Carlos da Ponte, além de livros, sites eletrônicos, estudos e artigos científicos com destaque referente ao tema proposto e, apresentados em capítulos com suas respectivas pesquisas.

1. DA IMPUTABILIDADE

Neste capítulo, o foco do estudo é o conceito da imputabilidade. Para entender melhor é imprescindível analisar a definição de culpabilidade, uma vez que a imputabilidade é um elemento da culpabilidade.

Para Cezar Roberto Bitencourt:

(..) a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal (2007, p. 327).

Rogério Grecco diz que: “Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente” (2010, p. 28).

Luiz Regis Prado entende que:

O caráter específico de reprovação da culpabilidade reside em não dever ser ilícita por poder ser lícita. Se existia a possibilidade de agir de forma não reprovável, a opção pela ilicitude caracteriza a culpabilidade, desde que existia imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (2015, p. 197).

Já segundo Antônio Carlos da Ponte (2012, p. 19), existem três teorias que buscam explicar a culpabilidade: a psicológica, a psicológico-normativa e a normativa pura.

Para a teoria psicológica, a culpabilidade está presente na relação psíquica do autor com seu fato, ou seja, para afirmar a existência da culpabilidade o sujeito tem que conhecer o alcance de suas ações. Damásio de Jesus diz:

O erro dessa doutrina consiste em reunir como espécies fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa. Se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécie de um denominador comum, qual seja, a culpabilidade. Não se pode dizer que entre ambos o ponto de identidade seja a relação psíquica entre o autor e o resultado, uma vez que na culpa não há esse liame, salvo a culpa consciente (2012, p. 20).

A teoria psicológico-normativa, também conhecida como teoria normativa da culpabilidade, sustenta que a culpabilidade é composta por imputabilidade, dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia); e exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme o direito.

A terceira e última teoria, chamada de normativa pura da culpabilidade, sustenta que a culpabilidade deve ser entendida como o juízo de reprovabilidade da conduta típica e antijurídica, tendo como inovação o dolo ser retirado da culpabilidade e inserido no tipo penal, fazendo com que a culpabilidade conte com os seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude (possibilidade de conhecimento do injusto) e a exigibilidade de conduta diversa. Ou seja, para que se possa afirmar que uma conduta é reprovável, que há culpabilidade, é imprescindível demonstrar que o autor da ação poderia ter atuado de acordo com a norma e com o direito.

Ainda sobre as teorias acerca da culpabilidade, existe a teoria bipartida em que o crime é um fato típico e antijurídico, ou seja, ilícito, assim, a culpabilidade é tão somente um pressuposto de aplicação da pena. Já a teoria tripartida, o crime é um fato típico antijurídico e culpável.

O Código Penal brasileiro não traz uma definição para culpabilidade, a discussão permeia, sobretudo, na sua posição sistemática, se integrante do conceito de crime ou se considerada à parte, como pressuposto da pena. A doutrina majoritária conceitua o crime como fato típico, antijurídico e culpável, adotando a teoria tripartida do delito.

Fausto Martins de Sanctis define culpabilidade como:

(...) elemento integrante do conceito analítico do crime. A motivação e objetivos subjetivos do agente praticante da conduta ilegal. A culpabilidade aufere, a princípio, se o agente da conduta ilícita é penalmente culpável, isto é, se ele agiu com dolo (intenção), ou pelo

menos com imprudência, negligência ou imperícia, nos casos em que a lei prevê como puníveis tais modalidades. (2002, p33)

O conceito de culpabilidade engloba a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude. Assim, só há culpabilidade se o sujeito souber estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito (imputabilidade); se ele tiver condições de compreender a ilicitude de sua conduta (possibilidade de conhecimento da ilicitude); e se era possível exigir conduta diversa daquela do agente (exigibilidade de conduta diversa).

O Código Penal não apresenta um significado de imputabilidade penal, faz referência apenas à inimputabilidade em seu artigo 26 e da semi-imputabilidade, no parágrafo único do mesmo artigo.

A imputabilidade refere-se a um determinado estado de espírito do agente, relativo ao momento da execução do fato e que o capacita a responder diante do Poder Público.

Genival Veloso França apresenta a distinção existente entre imputabilidade e responsabilidade:

Imputabilidade é a condição de quem é capaz de realizar uma ação com pleno discernimento. É um fato subjetivo, psíquico e abstrato. Ao cometer uma infração, o indivíduo transforma essa capacidade num fato concreto. Já a responsabilidade é uma consequência de quem tinha pleno entendimento e deverá pagar por isso (1998, p. 344).

A imputabilidade pode ser entendida como a condição pessoal de maturidade e sanidade mental, que confere ao agente, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento.

Como já dito anteriormente, o Código Penal brasileiro não traz um conceito de imputabilidade, mas fornece as hipóteses em que esta não é verificada.

Partindo do princípio de que só é imputável quem tem capacidade de entender e querer, a reponsabilidade se baseia no elemento subjetivo da vontade consciente, exigindo que o agente apresente certo grau de desenvolvimento mental, maturidade, normalidade psíquica, entendimento ético-jurídico e faculdade de autodeterminação. Na falta de um desses requisitos, total ou parcialmente, o agente poderá ser considerado inimputável ou semi-imputavel.

2. INIMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE

Sobre a inimputabilidade Antônio Carlos da Ponte afirma que:

Os estados de inimputabilidade ou de imputabilidade diminuída são definidos nas legislações segundo um dos três critérios seguintes: o biológico ou psiquiátrico, o psicológico e o misto, também denominado biopsicológico ou biopsicológico normativo. De acordo com o critério biológico, o reconhecimento da total ausência de higidez mental ou a constatação parcial dela dependem da verificação de certos estados de patologia mental, de desenvolvimento mental deficiente ou de transtornos mentais transitórios, patológicos ou não. Provada a existência de um desses estados, conclui-se pela ausência da

imputabilidade. (2012, p. 36)

Em resumo, abstrai-se a possibilidade de existir tal enfermidade, podendo ocasionar a dispensa de resultado positivo, quando o mesmo não possuir causa patológica, sendo a preocupação fixada ao fato de no momento do crime estaria ou não com suas faculdades mentais perturbadas.

O critério biopsicológico, adotado pelo Código Penal, no artigo 26, nada mais é que a combinação dos critérios anteriores:

Artigo 26: É isento de pena o agente que, por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter lícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em primeiro lugar, deve-se verificar se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Na hipótese afirmativa, averigua-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato. Será considerado inimputável se não tiver essa capacidade. Todavia, caso fique demonstrado que o agente tinha capacidade de entendimento, verifica-se se ele era capaz de determinar-se de acordo com essa consciência. Inexistente a capacidade de determinação, o agente também é considerado inimputável.

Nélson Hungria afirma que:

O método biopsicológico exige a averiguação da efetiva existência de um nexo de causalidade entre o anômalo estado mental e o crime praticado, isto é, que esse estado contemporâneo à conduta tenha privado completamente o agente de qualquer das capacidades psicológicas, quer a intelectual, quer a volitiva (1949, p. 485, apud DA PONTE, 2012, p. 38).

Neste caso para incidir a caracterização da inimputabilidade, é imprescindível que o indivíduo possua falta de sanidade mental e maturidade. Desta forma, será inimputável o agente que não possui a habilidade de compreender a ilicitude do fato e de não atuar conforme esse entendimento.

De acordo com Hygino de C. Hercules:

Compete ao psiquiatra estabelecer se na ocasião do crime o agente era apto a apreender o caráter ilícito do fato e de atuar conforme esse entendimento, independentemente de ser ou não mentalmente são e desenvolvido. (2009, p 658)

Excluindo-se a menoridade penal, que cessa aos 18 anos de idade, conforme o disposto no artigo 27 do Código Penal adotou-se um critério acerca da inimputabilidade penal, qual seja parte do princípio de que o agente sempre será imputável, salvo ocorra uma das causas previstas no próprio texto legal, quando então o juiz deverá proceder de formar negativa, verificando se não existe alguma causa de exclusão.

Seguindo o critério biopsicológico, a imputabilidade deve existir no momento da prática do delito, de tal forma que a superveniência de enfermidade mental, após a infração, não será motivo para a exclusão da culpabilidade, pois seus efeitos se limitarão ao campo processual, com a

suspensão da *persecutio criminis*, até que se dê o restabelecimento do réu, nos termos do artigo 152 do Código de Processo Penal.

Se a enfermidade mental for constatada após o advento da sentença penal condenatória definitiva, deverá ser observado o disposto no artigo 682 do mencionado Estatuto Processual.

Com a adoção do critério biopsicológico, não fica o julgador jungido ao lado psiquiátrico, como ocorre no sistema biológico puro, uma vez que para aferir-se a responsabilidade não basta o simples diagnóstico da doença.

Torna-se necessário que sejam perquiridas as circunstâncias que cercaram o fato no momento de sua realização, aos feitos de ser aquilatado se a doença mental estava ou não atuando sobre a personalidade do agente, no instante do crime. Isso vale dizer que não são dispensados juízos de valoração. Por este método fica o juiz com maior desembaraço para o exame da prova. Assegura-se mais larga independência ao julgador (LEIRIA, 1890, p. 238, apud DA PONTE, 2012, p. 39).

Cabe salientar que é plenamente possível que eventual doente mental, no momento da conduta proibida, esteja em condições de entender e querer, o que, com a adoção do apontado critério, possibilita sua punição, levando-se em conta que em certas modalidades de doenças mentais o sujeito ativo pode ter a compreensão do ato em grau bastante elevado para se lhe reconhecer capacidade penal. Portanto, mesmo o sujeito sendo enfermo, poderá ter intervalos lúcidos ou períodos livres. Logo, o sujeito será imputável se praticar o delito durante o intervalo de lucidez.

De acordo com os ensinamentos de Mirabete, a expressão semi-imputabilidade é passível de críticas, visto que o agente é responsável e imputável por ter determinada consciência da ilicitude de seu comportamento, entretanto tem sua sanção amortizada, por ter agido com culpabilidade suavizada pelas suas condições pessoais. No caso, o agente é imputável, porém, para alcançar um nível de conhecimento e autodeterminação, é indispensável um empenho maior.

Conforme o disposto no artigo 26 do Código Penal:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A semi-imputabilidade está em uma área intermediária, entre a imputabilidade e a inimputabilidade. Não há uma exclusão de culpabilidade, a semi-imputabilidade não exclui completamente a imputabilidade, apenas irá ter uma redução na pena aplicada.

Existe, ainda, um debate acerca da redução da pena ser obrigatória ou facultativa. No entanto, ratificada a redução da habilidade de entendimento e de autodeterminação, a culpabilidade

é sempre menor, o juiz deverá abrandar a sanção e justificar seu nível entre os limites instituídos.

Contudo, o artigo 98 do Código Penal estabelece:

Na hipótese do parágrafo único do artigo 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de um a três anos, nos termos do artigo anterior e respectivos parágrafos 1º e 4º.

Reconhecida no laudo pericial a precisão de isolamento definitivo ou por longo período, já se tem decidido que, como na hipótese de ser o réu indivíduo portador de personalidade psicopática, precisa o juiz, até mesmo pela sua periculosidade, escolher pela substituição da pena por medida de segurança para que se transcorra ao tratamento necessário.

Guilherme de Souza Nucci diz que:

As personalidades psicopáticas ou antissociais são agentes com “perturbação de saúde mental”, isso não tira sua inteligência ou vontade, mas também não deixa de ser uma doença mental, ou seja, não elimina completamente a imputabilidade. (2008, p 292)

Segundo o artigo 26 do Código Penal, esses psicopatas são semi-imputáveis, eles não são anormais, mas também não podem ser considerados normais, devido sua conduta antissocial. Portanto, pode-se dizer que os indivíduos psicopatas são doentes mentais, com capacidade parcial de apreender o caráter ilegítimo do fato.

Luiz Regis Prado afirma que:

Estão compreendidos, ao mesmo tempo, portadores de neuroses profundas (que têm fundo problemático por causas psíquicas e causam alteração da personalidade), sádicos, masoquistas, narcisistas, pervertidos sexuais, além dos que sofrem de alguma fobia, as mulheres com distúrbios mórbidos provocados pela gravidez, entre outros (1996, p. 37).

A personalidade psicopática não se abrange na categoria das doenças mentais, mas no elenco das perturbações da saúde mental pelas perturbações do comportamento, irregularidade psíquica que se revela em procedimento violento, ocasionando sua subordinação ao artigo 26, parágrafo único.

3. DOENÇA MENTAL

Agora, é necessário entender um pouco mais sobre a definição de doença mental e suas peculiaridades.

De acordo com os ensinamentos de Luiz Regis Prado:

A inimputabilidade elimina a imputabilidade em algumas hipóteses, interessando somente aquelas tratadas no artigo 26 do Código Penal, sendo eles a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto e retardado. A doença mental incide na alteração mórbida da saúde mental, como a esquizofrenia, a psicose maniaco-depressiva, a epilepsia grave, a demência senil, a paranoia, entre outras (2002, p. 350).

A doença mental é uma das causas biológicas que podem condicionar a irresponsabilidade

penal no atual diploma brasileiro. A expressão doença mental recebeu críticas de alguns autores, tais como Galdino Siqueira, Aníbal Bruno e Mirabete, os quais, basicamente, opõem-se ao sentido abrangente do termo, que não permite uma exata identificação e classificação das várias enfermidades mentais.

Deve-se analisar, em se tratando de doenças mentais, se estas são decisivas para a prática do delito.

Neste sentido Hygino de C. Hercules considera que: “todas essas doenças, quando em atividade na ocasião da ação delituosa, pelo fato de privarem o agente de sua habilidade de entendimento, o tornam inimputável” (2009, p. 658).

4. DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

A expressão “desenvolvimento mental incompleto” abarca os menores de 18 anos, os surdos-mudos não educados e os silvícolas inadaptados ao convívio social. Dentro do conceito de desenvolvimento mental retardado situam-se os oligofrênicos (idiotas, imbecis e débeis mentais), que apresentam anomalias no processo de desenvolvimento mental e déficit intelectual.

Guilherme de Souza Nucci traz a seguinte compreensão:

Compreende-se por moléstia mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado o conjunto de inquietações psíquicas qualitativas, que removem do indivíduo a inteligência ou a vontade, impossibilitando-o de agir segundo as regras do direito, (2008, p. 306).

Enquanto a doença mental impede o indivíduo de se adaptar às normas reguladoras da vida em sociedade, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado dirige-se àqueles que não alcançaram um estágio de maturidade psicológica razoável, ou que, por causas patogênicas ou do meio ambiente em que vivem, tiveram retardado o desenvolvimento das faculdades mentais.

O artigo 26 do Código Penal isenta de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ao tempo da ação ou da omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

De acordo com o texto legal para a caracterização da irresponsabilidade do agente, não basta à causa — doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado —, exige-se o efeito — inteira incapacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento —, que deverá ocorrer ao tempo da ação ou da omissão.

Roberto Lyra afirma que:

A inimputabilidade exige a presença dos requisitos causal (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), cronológico (ao tempo da ação ou da omissão) e consequencial (inteira incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento) (LYRA apud PONTE, 2012, p. 47).

O parágrafo único do artigo 26 cuida da semi-imputabilidade, relacionada às pessoas que,

ao tempo da ação ou da omissão, embora inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento, possuíam capacidade parcial de entendimento e determinação. Em relação a tal grupo de indivíduos, que abrange os fronteiriços, os psicopatas e os anormais psíquicos.

O legislador penal não forneceu conceito teórico, concreto e completo de responsabilidade parcial, conferindo assim, ao juiz criminal, a função de avaliar a personalidade do agente, podendo ou não considerar a prova pericial produzida nos termos do disposto no artigo 182 do Código de Processo Penal.

Compete também ao magistrado, a faculdade de diminuir a pena de um a dois terços ou ainda substituí-la por medida de segurança detentiva ou restritiva, pelo prazo mínimo de um ano, nos termos do disposto no artigo 98 do Código Penal.

5. DO SERIAL KILLER

Este capítulo será baseado em um estudo aprofundado do termo *serial killer*, que traduzindo para o português significa assassino em série.

Serial killers são indivíduos que cometem uma série de homicídios durante certo período com um espaço entre eles, podendo ser de dias, meses ou anos. O intervalo entre um crime e outro os diferencia dos assassinos em massa, indivíduos que matam várias pessoas em questão de horas.

Segundo Ilana Casoy (2017, p. 22), o termo *serial killer* foi utilizado pela primeira vez pelo agente aposentado Robert Ressler, nos anos 70.

De acordo com Genival Veloso Franca:

Esses assassinos têm uma personalidade psicopática. Sendo assim, sua personalidade é considerada anormal, pois sua inteligência é normal, ou até mesmo superior, mas seu caráter é desvirtuado, apresentando, deste modo, uma perturbação. (1998, p. 358)

Segundo Luiz Fernando Kazmierczak, em seu artigo “*Patologia como predisposição para a prática de infração penal: enfoque nos assassinos seriais*” (2013, p. 327): “não existe análise física que possa determinar se a pessoa é ou não um assassino serial, pois inexiste característica física que possa diferenciar os psicopatas dos demais sujeitos”.

O motivo do crime ou a falta dele é muito importante para a definição de um assassino como serial. As vítimas parecem ser escolhidas ao acaso e mortas sem nenhuma razão aparente.

A vítima, na maioria dos casos, representa um símbolo, raramente o *serial killer* conhece sua vítima. Ele não procura uma gratificação no crime, apenas exercita seu poder e controle sobre outra pessoa.

Estudos realizados pelo FBI registraram que atualmente o maior número de *serial killers*

está concentrado nos Estados Unidos (CASOY, 2017, p. 43), que concentra 75% dos psicopatas atualmente ativos. Estes dados também dizem que ainda predomina o sexo masculino, a idade de entre 18 e 39 anos e que 84% deles são caucasianos.

A característica comum entre todos os tipos de *serial killer* é o sadismo, uma desordem crônica e progressiva. Segundo o Dr. Joel Norris, PhD em psicologia e escritor, existem seis fases do ciclo do *serial killer* (CASOY, 2017, p. 23): a fase áurea, a fase da pesca, a fase galanteadora, a fase da captura, a fase do assassinato e a fase da depressão.

A fase áurea é quando o assassino começa a perder a compreensão da realidade. A fase da pesca é quando o assassino procura sua vítima ideal. A fase galanteadora é quando o assassino seduz ou engana sua vítima. A fase da captura é quando a vítima, finalmente, cai na armadilha. A fase do assassinato é quando efetivamente ocorre o crime, sendo o auge da emoção para o assassino. (CASOY, 2017, p. 23)

E por fim, a fase da depressão ocorre após o assassinato; quando o assassino entra nessa fase, engatilha novamente o início do processo, voltando à fase áurea.

Nenhum aspecto isolado define uma criança como um *serial killer*, mas a chamada “terrível tríade” parece estar presente no histórico de todos os *serial killers*. A “terrível tríade” é composta por: enurese, em idade avançada, abuso sádico de animais ou outras crianças, destruição de propriedade e piromania. (CASOY, 2017, p. 27)

Outras características comuns na infância desses indivíduos são: devaneios diurnos, masturbação compulsiva, isolamento social, mentiras crônicas, rebeldia, pesadelos constantes, roubos, baixa autoestima, acessos de raiva exagerados, problemas relativos ao sono, fobias, fugas, propensão a acidentes, dores de cabeça constantes, possessividade destrutiva, problemas alimentares, convulsões e automutilações. Apesar de não ser parte da “terrível tríade”, o isolamento familiar e/ou social é relatado pela grande maioria deles. (CASOY, 2017, p. 27)

Para as pessoas normais, a fantasia pode ser usada como mera fuga da realidade ou entretenimento, tem caráter temporário e existe a compreensão por parte do indivíduo que aquilo é apenas fantasia. Para os *serial killers*, a fantasia é compulsiva. Em vez de ser uma distração mental, acaba transformando-se no centro de seu comportamento e o crime é a própria fantasia do criminoso. Ele fantasia, planeja e executa na vida real, e a vítima é apenas o elemento que reforça essa fantasia.

O *serial killer* precisa sentir que está sempre no controle, e o assassinato aumenta a sensação de controle do assassino sobre suas vítimas. Um dos meios de o *serial killer* estabelecer o controle é degradar e desvalorizar a vítima por longos períodos de tempo. Tal objetivo pode ser alcançado fazendo-a seguir um roteiro verbal, por meio de sexo doloroso e/ou forçado, além de

tortura. Alguns *serial killers* não se sentem no controle da situação até a vítima estar morta, então as matam mais rapidamente. Uma vez morta, começam as mutilações pós-morte, a desfeminização e a disposição do corpo de maneira peculiar, em geral humilhante. (CASOY, 2017, p. 28)

Constata-se que o *serial killer* procura o controle a partir da observação do local onde ele vai realizar sua fantasia, do roteiro a que submeterá a vítima, das armas que eventualmente usa ou traz consigo, do tipo de mutilação que inflige à vítima. O agressor faz aquilo que acredita que o manterá no controle, alimentando e reforçando sua fantasia.

Para parecer uma pessoa normal e misturar-se às outras pessoas, o *serial killer* desenvolve uma personalidade para consumo externo, ou seja, um fino verniz de personalidade completamente dissociado de seu comportamento violento e criminoso. A dissociação não é anormal. Todas as pessoas tem um comportamento social mais “controlado”. No caso do *serial killer*, a dissociação de sua realidade e fantasia é extrema. Sem esse verniz, *serial killers* não poderiam viver na sociedade sem serem presos de imediato. Não conseguiriam matar por tanto tempo, sem se transformar em suspeitos. O fato de controlar sua conduta para que isso não aconteça, mostra que o criminoso sabe que seu comportamento não é aceito pela sociedade e que seu verniz social é deliberado e planejado com premeditação. É por esse motivo que a maioria deles é considerada sã e capaz de discernir entre o certo e o errado. (CASOY, 2017, p. 29)

Ilana Casoy cita Brent E. Turvey, famoso psiquiatra forense:

Essa é uma evidência irrefutável de que o criminoso tem clara compreensão das consequências de seu comportamento e ação para a vítima. Entender que a vítima está humilhada e sofrendo é o porquê de ele estar se comportando dessa maneira (2017, p. 31).

De acordo com John Douglas (CASOY, 2017, p. 31), enquanto o maior medo das mulheres é ser atacada quando estão sozinhas, o dos homens é ser humilhados. A maioria dos criminosos violentos tem histórico de humilhação pública na infância, por parte dos pais ou colegas da escola, por isso sabem com exatidão como é a sensação de passar por essa tortura.

Ilana Casoy, em sua obra “*Serial Killer – Louco ou Cruel?*”, classificou os assassinos em série em quatro tipos.

Os chamados visionários foram classificados como indivíduos completamente insanos e psicóticos, escuta vozes dentro de sua cabeça e as satisfazem. Podem ao mesmo tempo padecer de delírios ou ter visões.

Os denominados missionários, socialmente não demonstram ser psicóticos, porém intimamente têm a necessidade de “libertar” o mundo do que avaliam ser imoral ou indigno. Este tipo escolhe certo grupo para matar, como prostitutas, homossexuais, entre outros.

Os assassinos emotivos, matam por pura diversão, sendo que dos quatro tipos

estabelecidos, é o que verdadeiramente têm deleite por matar e empregam requintes de sadismo e crueldade.

Os sádicos, por sua vez, são classificados como assassinos sexuais que matam pôr “excitação”. Seu deleite será inteiramente adequado ao sofrimento da vítima sob tortura, sendo que o ato de torturar, mutilar e assassinar, lhe trazem prazer sexual. Fazem parte deste grupo os canibais e necrófilos.

O ponto comum entre todos os tipos é o sadismo, desajuste crônico e progressivo.

6. O PSICOPATA

É de grande importância ressaltar que em muitos casos o *serial killer* é um psicopata. Sendo assim, um psicopata não precisa ser essencialmente um assassino em série, uma vez que, apenas pequena parcela dos psicopatas tornar-se-á *serial killer*.

Os psicopatas que margeiam as normas sociais, não necessariamente se tornam matadores seriais, pois de acordo com a psicopatia desenvolvida e o grau da mesma, podem praticar crimes ou desvios comportamentais de outro gênero.

A personalidade psicopática só se revela com o dinamismo da vida.

Várias são as qualificações que as personalidades psicopáticas recebem: psicopatas, personalidades antissociais, sociopatas, personalidades dissociais, personalidades anormais, entre outras.

De acordo com Ana Beatriz Barbosa:

Diferentes estudiosos buscam diferenciar essas denominações, porém pela falta de um consenso definitivo em relação ao tema, isso tem levado a uma série de debates entre diversos clínicos, autores e pesquisadores. Alguns pesquisadores, creem que fatores sociais prejudiciais são os determinantes do problema, optam empregar o termo “sociopata”, já outros, que acreditam que esse transtorno é por causa de fatores genéticos, psicológicos e biológicos, aplicam o termo “psicopata” (2008, p. 36).

A autora também traz que o consenso a respeito dessa denominação do mesmo modo não se encontra entre a Associação de Psiquiatria Americana (DSM-IV-TR), que utiliza o termo Transtorno de Personalidade Antissocial, e a Organização Mundial de Saúde (DID-10), que utiliza o termo Transtorno de Personalidade Dissocial. Apesar de tantas qualificações e de muitos debates entre pesquisadores sobre qual seria a mais lógica e mais correta, o relevante mesmo é que, independente da nomenclatura adotada, todas esboçam o perfil de um agente transgressor. (SILVA, 2008)

Certifica também que elas não são personalidades patológicas ou doentes, mas sim personalidades anômalas, sendo este o melhor modo de denominá-las, visto que, sua particularidade marcante é o distúrbio do caráter e do afeto, bem como inquietações do temperamento e dos

instintos, conservando a sua inteligência ileso, isto é normal e até mesmo acima do normal. Seria então, a personalidade psicopática uma anormalidade permanente do caráter e do afeto, não se encaixando nem como uma doença mental — como a psicose — nem como uma deficiência da inteligência — como a oligofrênica. Os psicopatas não são considerados loucos, isto é, a psicopatia não é encaixada como uma doença mental. (SILVA, 2008)

Os indivíduos psicopatas são “predadores sociais”, que mentem de modo que as outras pessoas não sejam capazes de perceber o seu impulso maquiavélico, do mesmo modo, disfarçam tão bem que todos acham que são indivíduos humanos como os outros. (SILVA, 2008)

Sendo assim, a psicopatia trata-se de uma personalidade atípica, em que o agente não se encaixa nem como um indivíduo portador de doença mental, nem como portador de uma carência da inteligência (SILVA, 2008, p. 38). Essa personalidade psicopática é alocada como portadora de uma inquietação da saúde mental, e isto será relevante para determinar a imputabilidade desses agentes ao se verem perante a prática de um crime.

7. DIFERENCIAÇÃO DOS ASSASSINOS EM MASSA

Conforme visto, não há uma classificação rigorosa a respeito da matéria, sabendo-se ao mesmo tempo que dentro da Medicina Legal a exceção tem tanto valor quanto a regra. Tendo prudência para uma classificação, pode-se até mesmo incidir tipos mistos ou classificações intermediárias, que nestas situações, configurariam exceções.

Deste modo, assassino em massa é a designação aplicada para caracterizar aquele que mata quatro ou mais vítimas num mesmo lugar, abrangidas em um único acontecimento criminoso. Essa é uma conduta bastante distinta de um *serial killer*, que por sua vez, acomete elemento de sua pessoa que está completamente desvinculada de seus problemas.

Esses indivíduos são assassinos que matam em locais diferentes, mas em um lapso temporal bastante curto. Estes crimes representam apenas em um acontecimento, unicamente que sua sequência ou execução pode desdobrar-se por um curto período de tempo, fracionando-se, isto é o lapso existente entre o empreendimento de crimes por um *serial killer* e inexistente quando se trata de assassinato em massa, em que pode acontecer milhares de mortes no mesmo período.

8. TRATAMENTO PENAL DO SERIAL KILLER

Ana Beatriz Barbosa Silva afirma que:

Os indivíduos psicopatas são aqueles que têm uma falta de afeição e de caráter e dos sentimentos de culpa e de remorso, estando aí a sua grande periculosidade, visto que por não apresentarem esses sentimentos, empreendem os crimes mais impetuosos e desumanos (Silva, 2008, p.37).

A relevância deste estudo e o problema normalmente encontrado é determinar se esses indivíduos são imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis, isto para a aplicação de uma pena, quando se deparam com a prática de um crime.

De acordo com Genival Veloso de França, seriam eles considerados semi-imputáveis por não serem absolutamente competentes para compreender o caráter ilícito do fato, ou de determinarem-se segundo esse entendimento, apresentando, portanto, uma inquietação da saúde mental, tendo sua pena amortizada.

No entanto há do mesmo modo quem os considera imputáveis, tendo o tratamento similar ao de qualquer indivíduo que empreende algum crime, acarretando grandes problemas no tratamento tanto punitivo quanto repressivo desses indivíduos psicopatas, visto que eles estariam convivendo com outros delinquentes num espaço não favorável para sua ressocialização. Outro problema do mesmo modo de alocar esses portadores de personalidades antissociais em penitenciárias é que eles não auxiliariam na recuperação dos outros que lá se encontram, cooperando deste modo para a inadequação, sem dizer que "a cadeia pode dar vazão aos seus potenciais criminais" (FRANÇA, 1998, p.359).

Do mesmo modo com exposto acima é apresentado por Oswaldo Pataro apud Renato Posterli aprecia os indivíduos portadores dessa personalidade psicopática como semi-imputáveis, explanando:

Porque se localizam entre a normalidade psíquica e a doença mental é, em regra, responsáveis e capazes, sobretudo porque compreendem o sentido de seus atos; mas, por não possuírem a necessária capacidade de inibição ou autodeterminação, devem ter, respectivamente, no plano penal e civil, diminuída a responsabilidade e limitada a capacidade (POSTERLI, 2001, p.362).

Em motivo da aplicação do princípio duplo binário, princípio que se aplicava ininterruptamente pena e a medida de segurança por tempo indeterminado, eram considerados inimputáveis os indivíduos portadores de personalidade antissocial.

Sendo imposto a eles, primeiramente, uma pena e em seguida um tratamento em uma Casa de Custódia. Entretanto houve a substituição desse princípio pelo "unitário ou vicariante", vigente hoje em dia.

França ainda diz que:

Por este princípio vicariante, os indivíduos psicopatas são considerados semi-imputáveis, estando sujeitos ao tratamento médico-psiquiátrico e a aplicação da medida de segurança por tempo determinado, facilitando deste modo a sua readaptação ao convívio social, e segundo garante França, a pena aos indivíduos portadores dessa personalidade anormal não será aplicada, devido ao seu desajuste à recuperação, à ressocialização e recuperação do semi-imputável (FRANÇA, 1998, p.359).

Para finalizar, ainda com relação à aplicação forense aos indivíduos psicopatas, os tratamentos têm se demonstrado precários, mesmo perante a todo o empenho, visto que, as instituições especializadas apresentam um colapso e uma carência de estrutura para atender esses indivíduos.

Diante de tudo que foi dito, torna-se certo a insanidade mental, bem como a ausência de maturidade para entender a ilicitude de um fato, na ocasião do ato ou da omissão.

Aproximadamente 82% (oitenta e dois por cento) dos *Serial Killers* sofreram abuso na infância, sendo sexual, emocional, física ou pertinente a negligência ou abandono. (CASOY, 2008)

Como faz notar Ilana Casoy sobre o assunto:

Os laços familiares na infância de um indivíduo servirão de mapa para todas as suas outras relações. Entre 3 e 9 meses de vida, a criança cria laços com seus pais, que precisam preocupar-se em construí-lo de modo profundo. A ausência desses laços é o principal fator do desenvolvimento da psicopatia (CASOY, 2008 p.47)

Diversos cientistas procuraram provar por meio de trabalhos publicados, a afinidade entre crime e biologia. Contudo, não há ao certo nenhuma confirmação provada cientificamente que apoie a hipótese do “gen criminoso”.

De acordo com Casoy, há do mesmo modo *serial Killers* que tem um cromossomo feminino (YXX), como Bobby Joe Loong, que padecia da denominada síndrome de Klinefelter. Como consequência, Bobby Joe, tinha estrógeno (hormônio feminino) em maior quantidade circulando em seu sangue, o que originou o crescimento de seus seios na puberdade. Além do obvio constrangimento motivado, nada confirmado que seu cromossomo extra teria o tornado um criminoso.

A mesma tese foi declarada por um serial em sua defesa, por portar um cromossomo Y (masculino), a mais como se o fator justificasse tamanha barbaridade. (CASOY, 2008)

Mesmo aparentando um esclarecimento lógico, não há evidências que ratificam tais hipóteses defendidas.

Ilana Casoy buscou explicar que:

(...) ao mesmo tempo a relação entre masculinidade e crime, por meio do hormônio masculino testosterona. Uma taxa elevada de testosterona combinada com baixos graus de serotonina pode originar resultados mortais. Quando não há o equilíbrio, a frustração levar-se-á a agressividade e condutas sádicas, de acordo com Doutor Paul Bernhardt (CASOY, 2008p. 28).

Conforme Casoy, o comportamento psicopata, tradicionalmente, é consequência de fatores familiares ou sociológicos, porém certos pesquisadores localizaram diferenças cerebrais entre psicopatas e indivíduos normais que não podem ser rejeitadas.

Outra tese defendida, é que os criminosos impetuosos trazem traços de alta dosagem de metais pesados no sangue, como manganês, chumbo, cádmio e cobre. Pode-se citar o manganês, que abaixa o nível da serotonina e da dopamina no organismo, colaborando deste modo, para um comportamento agressivo. O álcool no organismo potencializa seus efeitos.

O Dr. Robert Psicólogo da University of British, Columbia, concluiu um estudo sobre como as ondas cerebrais monitoradas de indivíduos psicopatas reagem à linguagem verbal,

avaliando as transformações que aconteciam em seu cérebro quando escutavam palavras como câncer, morte, mesa ou cadeira.

Neste sentido Ilana Casoy diz que:

Para os indivíduos saudáveis, as ondas cerebrais têm sua atividade transformada ligeiramente, conforme a palavra ouvida. Para os indivíduos psicopatas, nenhuma atividade intelectual peculiar foi registrada, isto é, todas as palavras são indiferentes para esses indivíduos. (CASOY, 2008.p 29).

O indivíduo sociopata não é capaz de sentir arrependimento ou culpa, fazendo com que as punições aplicadas não surtam efeito. Entende seus deveres e obrigações, sabe diferenciar o certo do errado, no entanto, falta consciência moral clara que os impeçam de infringir a regra. Sendo assim, são considerados incorrigíveis. Por terem um elevado poder dissociativo, sua capacidade de fingimento faz com que consigam dissimular seus impulsos por um tempo determinado, o que pode fazer até mesmo peritos entenderem que o transtorno está curado.

9. LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A luz da legislação penal brasileira os *serial killers* são considerados inimputáveis, imputáveis ou semi-imputáveis?

A legislação penal do Brasil não tem lei alguma nem artigo que de fato classifique o *serial killer* como imputável, semi-imputável ou inimputável, por isso, a cada caso de assassinatos em série há uma classificação para o autor desses homicídios. Antes do *serial killer* ser considerado imputável, semi-imputável ou inimputável ele faz um exame psicológico, com especialistas na área.

A grande dificuldade em analisar em qual das classificações ele se encaixa se deve ao fato de que a maioria deles em sua defesa alega ser louco, ou seja, que no momento do crime era insano. Entretanto, Casoy alega que apenas 5% (cinco por cento) dos assassinos seriais apresentava insanidade no momento dos crimes (CASOY, 2014).

Portanto, aproximadamente 95% (noventa e cinco por cento) dos matadores em série não apresentam insanidade no momento do ato ilícito. A maioria deles são considerados os psicopatas e a minoria são considerados os psicóticos. Mas será que a maioria deles devem ser considerados imputáveis?

Francisco Costa Rocha, conhecido como “Chico Picadinho” um dos *serial killers* mais famosos do Brasil, foi considerado semi-imputável e psicopata, após ser submetido a um exame de sanidade mental, feito pelos psiquiatras Wagner Farid Gattaz e Antonio José Eça. Cumpriu parte de sua pena em um presídio comum e atualmente se encontra na Casa de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Arnaldo Amado Ferreira de Taubaté, medida de segurança.

Marcelo Costa de Andrade, popularmente conhecido com o “Vampiro de Niterói” foi

considerado inimputável, após ser submetido a um exame para constatar se era ou não um doente mental, por isso, a Justiça o absolveu (absolvição imprópria), ele cumpre até agora medida de segurança, no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Henrique Roxo, em Niterói (CASOY, 2014).

Além de ser considerado psicopata, também foi classificado como portador de esquizofrenia, assim sendo, foi considerado inimputável, mesmo se lembrando de cada detalhe dos crimes e que estava de fato cometendo um crime.

Então no Brasil, um *serial killer* não tem uma classificação pré-determinada, cada caso concreto é analisado por psicólogos ou psiquiatras através de um exame, feito com cada assassino em série. A sanidade do criminoso é examinada para daí se chegar a uma conclusão se é imputável, semi-imputável ou inimputável.

10. PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 140/2010

Esse projeto de lei foi proposto pelo falecido Senador Romeu Tuma, com a finalidade de haver uma penalidade específica aos *serial killers*, já que no Brasil há alguns casos, mas não há uma lei penal que estabeleça como os crimes praticados por estes agentes deve ser punido. A ideia seria acrescentar os parágrafos sexto, sétimo, oitavo e nono no artigo 121 do Código Penal, que versa sobre o crime de homicídio.

De acordo com o expresso no artigo 121, *caput*, do Código Penal “matar alguém: pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. No caso do homicídio ser qualificado a pena é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão. Este projeto prevê uma punição mais severa aos homicidas em série.

Conforme o expresso no artigo 1º (primeiro), do projeto de Lei Suplementar nº 140/2010:

O artigo 121, do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro) passa a vigorar acrescido dos §§ 6º, 7º, 8º e 9º, tendo a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém:

...

Assassino em série

§ 6º Considera-se assassino em série o agente que comete 03 (três) homicídios dolosos, no mínimo, em determinado intervalo de tempo, sendo que a conduta social e a personalidade do agente, o perfil idêntico das vítimas e as circunstâncias dos homicídios indicam que o modo de operação do homicida implica em uma maneira de agir, operar ou executar os assassinatos sempre obedecendo a um padrão pré-estabelecido, a um procedimento criminoso idêntico.

§ 7º Além dos requisitos estabelecidos no parágrafo anterior, para a caracterização da figura do assassino em série é necessário a elaboração de laudo pericial, unânime, de uma junta profissional integrada por 05 (cinco) profissionais:

I – 02 (dois) psicólogos;

II – 02 (dois) psiquiatras; e

III – 01 (um) especialista, com comprovada experiência no assunto.

§ 8º O agente considerado assassino em série sujeitar-se-á a uma expiação mínima de 30 (trinta) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, ou submetido à medida de segurança, por igual período, em hospital psiquiátrico ou estabelecimento do gênero.

§ 9º É vedado a concessão de anistia, graça, indulto, progressão de regime ou qualquer tipo

de benefício penal ao assassino em série.

O artigo 1º (primeiro) do projeto, que introduziria o parágrafo 6º (sexto) no artigo 121, do Código Penal, define quem são os assassinos em série, são agentes que cometem no mínimo três homicídios, com certo lapso temporal, com similaridades, como vítimas parecidas, mesma forma de agir, executar ou operar sempre seguindo um padrão pré-determinado.

O hipotético parágrafo 7º (sétimo), do artigo 121, deste Código, dispõe que um indivíduo para ser considerado *serial killer* deve ser confeccionado um laudo pericial, feito por cinco especialistas na área de psicologia, psiquiatria e um no assunto, independente da área, desde que experiente no tema. No parágrafo 8º (oitavo), a pena mínima seria de 30 (trinta) anos, de prisão privativa de liberdade ou de medida de segurança, mas há uma contrariedade com o disposto no artigo 75, do Código Penal.

Segundo o exposto no artigo 75, *caput* e parágrafo 1º (primeiro), do Código Penal:

Caput - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

Portanto, o parágrafo 8º (oitavo) que seria introduzido no artigo 121, do Código Penal, infringiria o previsto no artigo 75 do mesmo Código. Nenhuma pena privativa de liberdade pode ser superior a 30 (trinta) anos e se a soma das penas privativas for superior a esse valor, elas devem ser cumpridas só até esta quantia.

No parágrafo 9º (nono), estabeleceria que os assassinos seriais não poderiam se beneficiar de uma progressão na pena, indulto, graça, anistia ou qualquer benefício penal. O homicídio qualificado não beneficia o criminoso dos institutos do indulto, graça e anistia, pois ele é considerado como um crime hediondo e nos crimes hediondos não há estes benefícios.

Enquanto a progressão do regime mais gravoso ao menos pode ocorrer nos crimes hediondos sim, então o que vale para os crimes hediondos também devem valer para os de assassinato serial. O artigo 2º (segundo), parágrafo 2º (segundo), da Lei nº 8072/1990 (Crimes Hediondos) “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”. Este parágrafo está contradizendo a lei de crimes hediondos, se nos crimes hediondos a progressão existe em infrações cometidas por *serial killers* também deveria haver, já que o homicídio qualificado típico desses assassinos é considerado crime hediondo.

Segundo o falecido Senador Romeu Tuma, este projeto foi desenvolvido após Admar de Jesus matar seis pessoas na cidade de Luziânia, estado de Goiás e por não haver qualquer definição

“jurídico-penal” sobre os crimes praticados por homicidas em série. Em sua visão eles são indivíduos que não tem como conviver em sociedade, pois não tem qualquer tipo de compaixão por suas vítimas e em liberdade nunca vão deixar de matar.

Para que de fato este projeto se torne uma lei deveria adequar os seus parágrafos aos artigos do Código Penal e demais leis que já versam sobre a pena máxima aplicada pelo direito penal e sobre a progressão nos crimes hediondos.

CONCLUSÃO

No Brasil, entende-se que os *serial killers* considerados psicóticos são os inimputáveis, pois possuem uma doença mental, como a psicose ou a esquizofrenia, que o levam a não entender o caráter ilícito de seus atos e não consegue controlar a sua vontade de delinquir, o artigo 26 do Código Penal, como já dito anteriormente, estabelece que, se o agente ao cometer o crime não compreendia sua ilicitude e não conseguia se determinar conforme esta compreensão, é isento de pena, gerando uma medida de segurança, como internação em casas de tratamentos psiquiátricos do Estado. Enquanto, os *serial killers* psicopatas foram considerados semi-imputáveis, pois a psicopatia ou Transtorno de Personalidade Antissocial ou Dissocial é vista como uma linha fronteira entre a normalidade e a loucura, não se trata de uma doença mental. Os psicopatas são pessoas que não possuem qualquer tipo de remorso e nem empatia, eles são considerados cruéis.

O artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, dispõe que pode ocorrer uma redução da pena em caso de semi-imputabilidade, o agente sabe que o seu ato é um crime, mas não consegue controlar sua vontade de cometer o ato ilícito, no caso de *serial killers*, eles entendem que matar é classificado como um crime, mas não conseguem parar de matar suas vítimas. O artigo 98, deste mesmo Código, estabelece que a pena privativa de liberdade pode ser substituída por medida de segurança, caso necessário.

Em relação à ressocialização desses criminosos, houve uma concordância na Psiquiatria mundial que se chegou à conclusão de que esses indivíduos são irrecuperáveis, uma vez que esses assassinos apresentam como particularidade relevante à ausência de sentimentos ante aos semelhantes, ficando difícil aplicar a eles algum tratamento que seja apropriado para “curá-los”, ratificando a grande dificuldade quanto a sua ressocialização. Pensa-se que o Brasil deveria ter hospitais de tratamento psiquiátricos especiais para internos com psicopatia, com especialistas na área que trabalhassem métodos de tentar fazê-los adquirir a empatia pelo próximo. Eles não deveriam cumprir a pena privativa de liberdade, pois suas penas seriam reduzidas, o que os faria acreditar que poderiam voltar mais cedo para suas vidas e que matar de novo não lhes traria grandes consequências penais.

A maioria dos *serial killers* costumam ser julgados como semi-imputáveis no Brasil, como “Chico Picadinho”. Além de entendermos que o Projeto de Lei Suplementar nº 140/2010, do falecido Senador Tuma, não é o melhor modo de punição aos assassinos em série, pois a pena privativa de liberdade proposta por ele seria de no mínimo 30 (trinta) anos de reclusão e nenhuma pena pode ser cumprida por mais de 30 (trinta) anos no Brasil, conforme o artigo 75, *caput*, do Código Penal.

Todavia, compreende-se que deveria ter algum dispositivo na legislação Penal Brasileira que classificasse este tipo de criminoso, como semi-imputável e inimputáveis, a depender do caso, e que abordasse sobre qual seria sua pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral: v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel?** Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2017.

DE JESUS, Damásio. **Direito penal: parte geral**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 458. Apud DA PONTE, Antonio Carlos. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Saraiva 2012, p. 20.

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS DE BIOÉTICA E BIO DIREITO- Ricardo Pinha Alonso. Luiz Fernando Kazmierczak- Letras Jurídicas- São Paulo. 2013, p. 327.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

HERCULES, Hygino de C. **Medicina legal: texto e atlas**. São Paulo: Atheneu, 2009.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. I, p. 485. Apud DA PONTE, Antonio Carlos. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Saraiva 2012, p. 38.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Fundamentos da responsabilidade penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1890.

LYRA, Roberto. **A expressão mais simples do direito penal**. Edição histórica. apud DA PONTE, Antonio Carlos. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Saraiva 2012, p. 47.

Martins de Sanctis, Fausto (Fevereiro/2002). **Culpabilidade e Punibilidade**. Presidência da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Revista Jurídica Virtual*. 3(33). Acesso em 23 maio 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POSTERLI, Renato. **Temas de criminologia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Fontanar, Objetiva, 2008.

ROSTOS SEM FACE E A LEGITIMIDADE DA PUNIÇÃO PELA SOCIEDADE PARALELA

Isabella Cossa do Prado OLIVEIRA¹

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo uma análise das práticas de controle desenvolvidas dentro da sociedade com base em conceitos Foucaultianos; fenômenos como as prisões, formas de punições corporais como métodos eficazes, e ainda o reflexo dos seus efeitos na identidade dos indivíduos. A relação destas sobre os seres humanos no mundo concreto atual. O exercício do poder/saber da sociedade que se constitui e se enxerga “paralela” à outra, dando legitimidade jurídica e social a mecanismos oficiais e não oficiais, para atingir a correção e a ressocialização dos desviados moralmente. Analisa as práticas ligadas à ideia de controle e poder para a prevalência de determinados interesses, das relações humanas, necessidade dos indivíduos em exercerem a sua superioridade construída sobre esta “outra sociedade” formada por pessoas que não sabemos quem são, mas sim de onde vieram e como foram formadas criando uma identidade com potencial risco para a harmonia social e uma inerente predisposição criminosa. E então, a consequente punição para estes *rostos sem face* sendo a sua punição um reflexo da sua formação moral e executada “conforme a lei”. Questiona a punição já feita sobre estes indivíduos antes dos delitos, sendo eles generalizados por suas naturezas sociais e econômicas, previamente condenados, submetendo-os um regime jurídico dividido abstratamente pelos poderes para aplicações com entendimentos distintos, antes mesmo de eles existirem ou terem a chance de criarem uma concepção sobre si, construindo duas sociedades dentro de uma só.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade. Relações de Poder. Instrumentalização do Direito.

ABSTRACT

The present study aims at an analysis of the control practices developed within the society based on Foucaultian concepts; phenomena such as prisons, forms of corporal punishment as effective methods, and also the reflection of their effects on the identity of individuals. The relationship of these on humans in the present concrete world. The exercise of power / knowledge of the society that constitutes and sees itself as "parallel" to the other, giving legal and social legitimacy to official and unofficial mechanisms, in order to achieve the correction and re-socialization of morally deviants. It analyzes practices linked to the idea of control and power for the prevalence of certain interests, human relations, the need of individuals to exert their superiority built on this "other society" formed by people that we do not know who they are, but from where they came from and how they were formed by creating an identity with potential risk to social harmony and an inherent criminal predisposition. And then, the consequent punishment for these faces without face being their punishment a reflection of their moral formation and executed "according to the law." It questions the punishment already made on these individuals before the crimes, being generalized by their social and economic natures, previously condemned, submitting them a legal regime divided abstractly by the powers for applications with different understandings, before they even exist or have the chance to create a conception about themselves, building two societies within one.

KEY WORDS: Society. Power Relations. Law Exploitation.

¹ Graduanda do 9º termo do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente–SP
isabellaprado@hotmail.com; Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP.

1 INTRODUÇÃO

A superlotação nas penitenciárias brasileiras, a violência é uma realidade no Brasil, mas mais do que isto é um problema social que embora todos consigam ver, ninguém consegue encontrar uma solução.

Um país com uma história violenta e manchado por problemas raciais, de relações de poder abusivas, sendo muito distinta a diferença dos privilégios existentes entre as classes sociais, e também na cultura quando se trata da exclusão dos seres humanos com os outros por questões econômicas, raciais. Uma sociedade marcada por uma justiça moldada e construída pelo intelecto de pessoas que possuem poder e saber. Constroem o seu saber, matem as práticas sociais dentro das relações de acordo com a perspectiva de um só segmento. Define as condutas morais e sociais, inevitavelmente transformam outros seres humanos, mais precisamente os que se desiguam de si mesmo em indivíduos com potencial criminoso ou moralmente desviantes.

Ainda que se construa um Estado Democrático de Direito teoricamente plausível e justo, a política e o jeito que ela é manipulada, por quem ela é conduzida, ainda que por meio de atos invisíveis e mínimos... conduz a perpetuação de estigmas, de ilegalidades, de práticas desumanas, principalmente quando se legitima a condenação de alguém por um processo com adornos do direito. Porém, completamente impregnado de ideologias e subjetividades.

Ao condenar um ser humano, a punitividade é exarcebada porque a máscara não mais ali se encontra. Porém, quando falamos dos seres que encontram-se em desvantagem social, econômica, racial (cultural e historicamente falando), encontramos a punitividade permitida pela população que se encontra inatingível pelo caos da administração pública, das condições degradantes, da desumanização do processo de execução, da ineficácia da ressocialização. Antes disto, estes indivíduos são excluídos desde que nasceram, abandonados pelos seus iguais, se tornando seres estigmatizados também pela mídia, vistos como ameaça até que de fato se tornem uma, criando um ciclo sem fim para o discurso científico do seu perfil social criado e que justifica a necessidade de políticas arbitrárias, desumanas e intensas para a manutenção de uma boa segurança da vida em sociedade, mas não para toda a sociedade. E sim, para uma que abstratamente se divide em duas, pela disciplina e etiquetamento da outra.

2 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO PELO PODER

O ser humano desde muito novo, tende a agir de acordo com a sua necessidade, com a sua vontade, seja ela momentânea ou com alguma finalidade em longo prazo. Uma criança se expressa da forma que é capaz, que seus atributos atuais permitem para que consiga o que precisa. Seja por

meio de gritos, gestos ou choros.

Os indivíduos começam a relacionar-se e por meio da comunicação, do agir, tendem a fazer com que os seus interesses prevaleçam, sejam vistos como os mais importantes e essenciais. Desta forma, procuram alcançá-los pelos meios que estão disponíveis, que construam dentro da rede de interações sociais.

A política e o direito são dois instrumentos indispensáveis, inerentes as relações humanas, pois, supostamente, organizam a vida em sociedade e conduzem os indivíduos a viverem conjuntamente de forma harmoniosa e mais justa possível. Ao mesmo tempo em que, essencialmente são instrumentos pensados, constituídos, usados e redirecionados por seres humanos.

Os seres humanos, por sua vez, possuem história, são fruto de uma dinâmica inerente das próprias relações humanas, dotados de diferenças procedentes de suas distintas origens históricas, sociais, econômicas, étnicas e que ainda quando habitam dentro do mesmo Estado, tendem a terem concepções sobre justiça, valores morais completamente diferentes uns dos outros; dotados de visão de relação entre justiça, igualdade e poder muito diferente uns dos outros. Fruto também das suas experiências em vida.

O conhecimento sobre as normas jurídicas impostas sobre a sua constituição advém das classes politicamente selecionadas, se tornando inevitavelmente um aparato com o fim de uma organização social sob uma perspectiva tendenciosa, mas também é um, mais uma vez, aparato de controle social dominante sobre as classes inferiores, segundo as concepções materialísticas econômicas. Perpetuando e acentuando através do direito as diferenças historicamente existentes, criadas pelas origens históricas e de seleção do homem, por meio das relações de poder intrínsecas as sociedades, um poder que é dissuadido em todas as esferas da vida de um ser humano, e que automaticamente, exclui uma sociedade em prevalência da outra.

Em meados do século XIX, na Europa Ocidental, o mundo passou por uma mudança em relação a forma de punir pelas legislações instauradas. Os então reformadores como, por exemplo, Cesare Beccaria, foi parte deste movimento que deu início ao pensamento do *homem-medida*. Esta nova forma de enxergar o homem foi apresentada como uma evolução na concepção social sobre a *humanidade*. Todavia, o país apresentava uma crise econômica desde o fim do século XVIII e as mudanças normativas eram também uma forma de tentar resolver estes problemas. O filósofo Foucault (2014, p. 74) disserta sobre “o problema de uma economia dos castigos”, pois na verdade, a consciência da burguesia, o sentimento de justiça começou a ser abordado pelos interesses econômicos e patrimoniais: “Não o que ela tem de atingir se quiser modificá-lo, mas o que ela deve deixar intacto para estar em condições de respeitá-lo. *Noli me tangere*. Marca o ponto de parada

imposto à vingança do soberano.” A suavidade dos crimes, o redirecionamento da vigilância do corpo social que lesa os bens mais importantes para a classe em questão foi precedente a suavidade da punição, criando uma nova forma de economia de poder, com a concentração da vigilância e punição mais equilibrada e dissuadida entre todos os delitos, um “circuito homogêneo”.

O autor ainda discorre sobre a *herança* de uma justiça irregular desde o princípio, com a finalidade de expor mais do que uma irregularidade nas normas de punição, mas na constituição do Poder Judiciário, contaminado por práticas onerosas e imparciais, fruto de uma tradição de monarquia, subalternos, senhores e classes rebaixadas. Literalmente expondo por uma “genalogia”, o direito como objeto de barganha e concretização de interesses privados no contexto da reforma, vejamos:

Por uma apropriação privada: vendem-se os ofícios do juiz; transmitem-se por herança; têm valor comercial e a justiça feita é, por isso, onerosa. Por uma confusão entre dois tipos de poder: o que presta justiça e formula uma sentença aplicando a lei e o que faz a própria lei. Enfim, pela existência de toda uma série de privilégios que tornam incerto o exercício da justiça: há tribunais, processos, partes litigantes, até delistas que são “privilegiados” [...] (FOUCAULT, 2014, p. 78)

Direito e política, assim como a economia também; caminham juntos em uma dialética de interesses que se complementam, dando rumo aos caminhos que seguem qualquer sociedade composta por seres humanos e que ainda que inconscientemente sempre anseiam por poder e oportunidades para exercê-lo em prol de seus interesses individuais. Um pensamento moderno, atual, não necessariamente significa um pensamento avançado. Uma norma legal que passou pelo rito do projeto de lei, foi democraticamente sancionada não significa que se tornou incontestável ou justa.

Dentro do relacionamento do direito com a política, não há como não se falar das mudanças durante os processos sociais que ocorrem em ambos instrumentos com o passar dos anos. E que a mais singela mudança no aspecto de um dos dois afeta o outro e, vice versa. Oksala (1966, p. 18), faz uma reflexão acerca do construcionismo social, ou seja, que é socialmente construído, tudo o que hoje é antes não era, tudo pode ser modificado ao longo da história da humanidade, a questão é o porquê, para quê, por quem e a fim de quê.

Em regra, ao analisarmos momentos históricos de grande notoriedade e que deram a história do mundo heranças históricas, filosóficas, jurídicas, principalmente na questão de direitos individuais e coletivos; como por exemplo, a Revolução Francesa, sempre se encontra dois lados, duas esferas de poder, dois segmentos da sociedade que vivem em contextos diferentes e, obviamente, com objetivos diferentes. Buscando assim, uma mudança, a fim de alcançá-los.

Obviamente, considerando todas as relações formais, informais, de estratégia, de dominação, como conceitua Foucault, seria uma simplicidade absurda reduzir todas as variedades

existentes de classes e segmentos sociais com interesses divergentes apenas a duas. Todavia, para fins de estabelecer uma oposição quanto a entendimentos jurídicos, punitividade, de forma mais clara e branda, há sempre duas classes em pontos extremos, porém sujeitas aos mesmos códigos de condutas morais abstratamente criados, códigos normativos e mesma lei constitucional e leis federais. Entretanto, os seus efeitos sociais e jurídicos efetivos na esfera fática diferem-se quando aplicado a uma sociedade ou a outra.

A questão, ainda na idéia de Oksala (1966, p.19) é a de que, na sociedade quando é colocada uma mudança na ordem social e também na política que se faz sobre as coisas, poder-se-ia mudar o que está em discussão também: “A existência e o valor de algo podem ser debatidos e esse algo pode ser radicalmente transformado, ou pelo menos modificado”.

Pois bem, se em tese o *saber* quanto à moralidade, a execução de padrões morais aceitos, o conhecimento jurídico, o alcance de cargos jurídicos e cabeças pensantes do direito são a maioria dentro de grupos socialmente criados com padrões similares, conseqüentemente suas perspectivas quanto às outras sociedades em pontos extremos, aos outros padrões, ou seja, quanto à sociedade *objetificada* como diferente e carente de estrutura econômica, social, automaticamente as suas práticas jurídicas, as suas formas de exercer o poder sobre estas pessoas serão diferentes do que quando se deparam com a mesma situação jurídica, mas tendo em ambas ou uma das partes processuais um de seus *iguais*.

Isto porque, quem tem conhecimento, tem poder. Quem é mais bem estruturado inclusive (ou principalmente) financeiramente, tem mais oportunidades de atingir o saber e qualidade de conhecimento. Este saber aqui mencionado refere-se ao saber científico, em sentido estrito, para fins de exercício de atividades profissionais criadas pelo *construcionismo social*. Pois não é justo limitar o *saber* ao que se é ensinado cientificamente porque o saber abrange todas as esferas da vida de uma pessoa, podendo ser externo e interno.

O domínio do conteúdo das normas, a percepção crítica quanto as fraquezas sociais, o conhecimento e uso da linguagem culta e também da jurídica, o conhecimento sobre a cultura, a persuasão, o privilégio da ausência de precariedade quanto as necessidades básicas; tudo faz emergir uma sociedade segmentada.

Este saber relaciona-se diretamente com o poder, pois bem, Oksala (1966, p. 63), vejamos: “[...] As regras que regulam as práticas científicas estão sempre associadas às relações de poder da sociedade em questão. Domínios de saber e relações de poder estão intrinsecamente relacionados [...]”. O saber é uma prática de poder.

A criminologia, por exemplo, é fruto de anseios, necessidades, interesses. Com o nascimento das prisões, a sua intenção de punir e também de *corrigir* e ressocializar, *moldar*

novamente o indivíduo adjetivado como criminoso, precisava mais do que mecanismos materiais para ser possível atingir e legitimar esta finalidade. Era necessário o estudo do crime como objeto, o entendimento das circunstâncias que ocasionaram o crime, compreender o indivíduo, mas também os seus atributos.

A criminologia se torna também um mecanismo de poder pelo saber, criado socialmente a fim de realizar procedimentos, alcançar objetivos para o: “funcionamento eficaz da prisão, era importante haver um corpo de saberes que regulasse e justificasse o exercício do poder punitivo” (Oksala, 1966, p. 64). O saber científico é uma forma de poder, que molda as formas de enxergar o que fora objeto de estudo, tendo reação direta nos seres humanos e na forma que se sentem com relação ao que foi estudado. Alterando a capacidade de sentimento em relação ao crime, aos *criminosos* e conseqüentemente aos meios efetivos de punição.

O direito tem uma relação íntima com a política social. É inevitavelmente uma roupagem jurídica para ideologias que se executam através dos indivíduos que têm as prerrogativas de colocar as normas em prática, dos que a interpretam, dos que a modificam. É um mecanismo dos três poderes, e representa a carga ideológica predominante entre eles.

3 OS ROSTOS SEM FACE NA BIOPOLÍTICA DO PODER

Conforme previamente comentado, com o passar dos anos e séculos, procurou-se tornar o rol de crimes cada vez mais exaustivos e específicos, aumentando a vigilância e a punitividade regular entre todos os crimes. “A esperança da punitividade” não poderia existir, nenhuma conduta poderia escapar da tipificação legal. Surge então (Foucault, 2014, p. 96-103), a codificação das condutas, todas quantas fossem possíveis eram necessárias para não haver uma lei silente e sujeitos impunes.

Pela visão igualitária: dois sujeitos que cometem um mesmo crime, deveriam ser submetidos a penas iguais, entretanto, sabemos que ela não irá atingir as suas finalidades, pois os indivíduos são diferentes. Por exemplo, (op. cit., p. 97): “[...] a multa não é temível para o rico, nem a infâmia a quem já está exposto. A nocividade de um delito e seu valor de indução não são os mesmos, de acordo com o *status* do infrator [...]”, aqui temos uma expressão que demonstra uma necessidade de individualizar a pena no momento da aplicação, além de apenas especificar as condutas ilegais no Código, surge a adaptação da punição pelo critério e princípio da individualização da pena.

A individualização da pena é analisada e aplicada por alguém que tem *saber* e exerce *poder*, sendo um símbolo de método eficaz para a justa adequação da pena ao delinquente.

A problemática que se expõe na individualização da “pena” é na verdade uma

conseqüência derivada do poder homogeneizado que desloca a individualização da pena imposta para a individualização do sujeito, ou melhor, dos sujeitos que pertencem a determinados grupos generalizados e pejorativizados:

Mas o que começa a se esboçar agora é uma modelação que se refere ao próprio infrator, à sua natureza, a seu modo de vida e de pensar, a seu passado, à “qualidade” e não mais à intenção de sua vontade. Percebe-se, mas como comum lugar ainda deixado vazio, o local onde, na prática penal, o saber psicológico virá substituir a jurisprudência casuística. (FOUCAULT, 2014, p. 98)

Basicamente e de forma muito sucinta, é por este e outros parâmetros que a “arte de talhar” e a “arte de punir” vão se moldando na história. Os crimes cometidos por sujeitos que “não tinham razões ou tendências criminosas” em uma situação de grande impacto emocional – crime passional – tende a ser diferenciado, se cometido por aquele que se encaixa nos padrões de outros *criminosos* com as mesmas características. Assim sendo, a individualização legitimada e dada ao julgador, é de fato individualizada com as características do indivíduo em questão, ou apenas a sua *silhueta* social é levada em consideração.

A extinção do suplício, a anulação da dor, o fim dos espetáculos, teve uma origem mais específica do que a consistência na evolução quanto à humanização das penas. Pois a sociedade se sente juíza, e realmente é. O carrasco, o executor das penas que ela impõe ao indivíduo, tornando-o em indivíduo desviante passível de punição; e ao tornar pública a punição de forma horrorosa, o sentimento que transcende é o de selvageria:

A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena [...] 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 que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes [...] (FOUCAULT, 1987, p. 12)

O indivíduo preocupa-se com o que irá sentir em relação ao que vê, a sensação que isto acarreta no seu cotidiano, vislumbrar a punição ocasiona uma sensação desconfortável de estar se equiparando ao próprio indivíduo julgado criminoso. O ato de punir se torna algo que não é passível de glorificação e não que a concepção social sobre a finalidade da pena de repente tornou-se mais *humana* e com a finalidade de reeducar, ressocializar, surtindo o efeito então de uma preocupação maior com aquele que não agiu de acordo com os padrões esperados pela sociedade que deu origem a lei, a normatização das condutas.

O interesse gira em torno de quem não está em julgamento. Na satisfação em sentir-se *bom*, fazendo o *bem*, mandando o condenado para a punição, sem ver o que lhe acontece, mas com a certeza de que o mesmo está refletindo sobre os seus atos, adquirindo uma consciência sobre o que deve mudar, servindo de exemplo para os que ainda não se *desviaram*, criando uma nova perspectiva sobre sua vida e sua forma de se comportar em sociedade.

Ainda Foucault, ao decorrer sobre o suplício e posteriormente sobre sua extinção, disserta sobre a vergonha inerente aos que infringem as leis postuladas na França, por volta de 1832. Uma vergonha que ultrapassa os seus atos que devem ser punidos e invade a esfera do seu existir. Sendo uma vergonha o simples de fato de estar ali e ser quem é. Em síntese, Michel Foucault disserta:

“Os parricidas – e os regicidas, a eles assemelhados – eram conduzidos ao cadafalso, cobertos por um véu negro [...] O condenado não deve mais ser visto. Só a leitura da sentença punitiva mostra um crime que não deve ter rosto. O último vestígio dos grandes espetáculos de execução é sua própria anulação: um pano para esconder um corpo.”
(FOUCAULT, 1987, p.16).

A historiadora e professora Margareth Rago (2017, s.p.), entende que Foucault dá nome a algo essencial para a compreensão da punição moderna, que vai muito além do fenômeno da estigmatização concretizada pela sociedade para com um indivíduo infrator de uma regra por ela tipificada; acontecendo não somente no momento em que é punido.

Margareth entende que um indivíduo concretiza-se como um *sem face* ao ser condenado e punido por um crime, mas que antes mesmo disto acontecer, as suas origens, seja elas: históricas, sociais, étnicas, raciais ou econômicas já o transforma em um ser humano sujeito a praticar delitos.

O perfil da sua posição social, da classe em que está inserido o transforma, o estigmatiza dentro do padrão social, já o pré condena. Estes indivíduos são, desde então, os *rostos sem face*. Legitimamente consolidados quando condenados e daí punidos, mas punidos conforme a política mais dolorosa, exacerbada e lastimável que existe.

Esta prévia exclusão existe por parte de uma parcela, um segmento da sociedade. Seria errôneo dizer que, os *rostos sem face* são estigmatizados pela sociedade, sendo que, eles são parte majoritária da sociedade. Principalmente nos países em desenvolvimento, dentro da América Latina, no Brasil, é a maioria da população. Uma sociedade longe dos altos padrões econômicos, educacionais e sociais. Com uma origem histórica triste, violenta, repleta de discriminações e desigualdades, onde em 500 anos de história, apenas 100 anos foram sem a escravatura – legitimada – e vista como um ato legal, mais do que isto, tido como necessária ao desenvolvimento, principalmente no aspecto econômico do país.

No Brasil, a difusão do medo sempre foi um mecanismo que leva à justificação de políticas autoritárias, como forma de controle social.

O historiador Harari, ao explicar sobre a justiça no contexto da humanidade como um todo, universalmente, relata que a natureza humana, em toda e qualquer parte do mundo tende a criar leis, explicações, sejam elas científicas ou genéticas a fim de explicar dentro do seu contexto os motivos de hierarquia, a fim de manter tal superioridade de uma classe, segmento da sociedade em relação à outra:

Repetidas vezes, as pessoas estabeleceram a ordem em sua sociedade classificando a população em categorias imaginadas, como homens superiores, homens comuns e escravos; brancos e negros; patrícios e plebeus; brâmanes e sudras; ricos e pobres. Essas categorias regulamentaram as relações entre milhões de seres humanos ao tornar algumas pessoas superiores a outras em termos jurídicos, políticos e sociais.

As hierarquias têm uma função importante. Elas permitem que estranhos saibam como tratar uns aos outros sem desperdiçar o tempo e a energia necessária para se tornarem pessoalmente familiarizados.

(HARARI, 2017, p. 144)

O poder não reprime, o poder produz. O poder é produtivo, através da palavra, dos discursos, ele produz e reproduz interpretações históricas que nem sempre representam a realidade ou a solução do problema que está em questão. O poder produz formas de comportamento, verdades; ele age sobre o corpo e também sobre o pensamento dos homens.

A biopolítica do poder explica a existência da *sociedade paralela*. Uma sociedade que se enxerga a parte das outras, que se sobrepõe como dona da verdade absoluta, constituída por pessoas detentoras de poder legislativo, executivo, judiciário. Que esquadrinham o nosso ordenamento jurídico, mas mais do que isto, ela é criadora da desumanização deste *outro* que ela mesma constrói e o enxerga em uma sociedade *paralela* à em que vive. Como se a violência, a aplicação da lei criada de uma forma em uma sociedade, diferente da forma que se aplica em outra seria justificável. Tudo isto, baseando-se nos seus padrões de *normalidade*, ou seja, no preconceito e repugno as diversidades inerentes dos problemas concretos do seu Estado. Problemas alimentados pelo preconceito, pela má gestão de recursos, impunidade dos crimes de alto escalão, que ocasionando a perpetuação de um ciclo de regresso no desenvolvimento do país.

As áreas de problemas sociais são vistas compostas de pessoas que representam o estereótipo criminal, potenciais inimigos da harmonia e da vida em sociedade em vez de necessidade de recuperação e tratamento.

A biopolítica enfrenta o conceito de poder, deixando de lado a noção Marxista ou capitalista radical onde o poder seria algo que se pode negociar. A biopolítica traz uma forma alternativa de se pensar o poder. Não há lado onde o poder está, nem sociedade em que ele se concentra e outra onde ele é ausente.

O poder é tratado como uma relação, uma troca culturalmente e socialmente desenvolvida pelos processos sociais. Não podemos tocar o poder, mas podemos senti-lo. Ainda que esta consciência não seja visível e encontre-se nublada, presente nos pequenos detalhes das relações sociais. Ele está disseminado por todos os lados. A biopolítica enfrenta um paradigma abstrato, onde separa uma vida qualificada pela política social, potencializada pelo poder e a *vida nua*.

3.1 A Dialética da Exclusão

A palavra *exclusão* pode ser interpretada de várias formas, mas tal verbo pode ser exercido por muitas mais.

Para obter uma análise sucinta sobre as formas de exclusão dentro de um sistema penal, seja ele do século XVIII ou do século XXI, Foucault faz uma abordagem abstrata, mas em conceitos que se encaixam perfeitamente para as táticas de punição e exclusão desde séculos atrás como para as do presente também.

Conforme previamente citado, a exclusão dos *rostos sem face* inicia-se desde antes de seu nascimento, perdurando com efeitos por todas as áreas da vida: saúde, educação, disciplina social. Entretanto, a infração possibilita a exacerbação da exclusão e da punição distinta a estes *rostos*, quando o sujeito comete uma infração, a sua punição deixa de ser camuflada, transforma-se em meios diretos, legitimados e sem pudor.

Tomando a *infração* como o objeto essencial deste tópico, pois a partir do ato delitivo abstratamente surgem dois grupos. Um que lesa e outro que é lesionado e em decorrência das ações diretas entre estes indivíduos surge a necessidade da institucionalização de táticas de punição a fim de dar a estes o que lhes é devido. Seja uma correção, uma obrigação ou um dever de ser reparado como forma de justiça, mas também de ressarcimento pelo prejuízo moral e material.

Partindo do princípio, Foucault (2015, p. 7-11) discorre sobre a exclusão ser a principal forma de punição. A partir dela torna-se explícita a vontade de ver aquele *mal* a sociedade *fora* do convívio. Mas a exclusão é muito mais do que um consenso social em impedir um indivíduo ou um grupo de estar presente na comunidade. A exclusão busca retirar do indivíduo as suas oportunidades de viver com os seus entes e seus amigos. Exclui ainda as formas de cidadania às quais um homem justo e moralmente civilizado tem direito.

Desta forma ele é retirado de perto dos outros seres humanos e colocado em uma situação equiparada a de exílio. Sendo jogado nas masmorras ou em um sistema penitenciário e casas de detenção. Organizar uma forma de ressarcimento para oferecer ao indivíduo que teve o bem jurídico tutelado lesionado, uma satisfação de *dívida paga*, logo, uma sensação de justiça.

Temos ainda a tática da marca, antes operada por uma forma de espetáculo, como por exemplo, os suplícios. A marca é mais do que corpórea. Ela pode ser visível ou não. Hoje em nosso sistema penal, um indivíduo é marcado pela vergonha de sua condenação, os símbolos impostos nos infratores sempre têm a mesma função:

O corpo visível ou social, nesse sistema, deve ser o brasão das penas, e esse brasão remete a duas coisas. [Por um lado] à culpa, de que ele deve ser o vestígio visível e imediatamente reconhecível: sei muito bem que és ladrão, pois não tens mãos; e, [por outro lado,] ao poder que impôs a pena e, com essa pena, deixou o corpo do supliciado a marca de sua soberania. (FOUCAULT, 2015, p.8-9)

E por fim, o encarceramento. O ato de encarcerar possibilita a dialética da política com o saber. Pois é um ato político que o legitima ser encarcerado, mas torna-se a partir daí, mais que um sujeito delinqüente; torna-se um objeto de estudo e um padrão a ser analisados para afirmar conhecimentos e saber sobre os crimes e criminosos, aspectos da criminologia e sujeito passivo da execução das legislações penais.

Uma das melhores formas de se pensar no por que desta exclusão acontecer no âmbito das normas e das execuções é o fato da *função universal* das normas ser complicada de acontecer realmente. Foucault (2015, p.22-24) critica que quando uma lei é idealizada, transformada em projeto, em regra, o sujeito não imagina o efeito delas em si mesmo, isto porque ele se imagina *fora* da possibilidade de cometê-lo. Embora todos os seres humanos estejam sujeitos a praticar todo e qualquer crime, quando uma lei penal é feita, os que a criam visam atingir pessoas *supostamente* diferentes deles, enxergando-os distintos de si mesmos e que sejam *mais capazes* de cometer um ato que não os agrada, e mais, que os prejudicam, entre em conflito com a moral que julgam correta, os proclamam mercedores da punitividade. Não tão distante, a sua família e todos que convivem com esse, possuem a mesma perspectiva social e de conduta moral.

O *criminoso* é visto como o causador do caos, o verdadeiro inimigo da sociedade. Desta forma, o Ministério Público torna-se um juiz (julgador), assim como o particular também, tendo a prerrogativa de fazer um juízo sobre um fato e então oferecer queixa-crime ou denúncia, esta que por sua vez, é oferecida com a intenção jurídica-ideológica de proteger e manter a ordem pública intacta e afastar o indivíduo *desviante* da sociedade. O crime é um ataque ao interesse comum da sociedade harmônica e aquele que emerge como delinqüente deve ser retirado dela, pois em regra, já não a pertence:

No interior dessa geografia própria ao crime tem-se uma espécie de sociedade inteiramente fechada em si mesma, com iniciações, ritos, valores, hierarquias próprios; nessa sociedade não se encontrará nenhuma personagem ambíguo, pois a passagem para a criminalidade se faz de repente, em bloco, de uma vez por todas: ou se é malvado por natureza porque se trouxe ao nascer uma marca negativa e se é a encarnação do mal [...]

Em relação à essa contrassociedade perfeitamente situada e isolada só pode haver o mundo dos inocentes e das vítimas; entre uns e outros, da parte dos criminosos só pode haver ódio, guerra, hostilidade fundamental; e do outro lado, relações em forma de captura, aprisionamento.

(FOUCAULT, 2015, p. 51)

Temos o discurso do saber jurídico, o direito penal pelo qual definimos as práticas ilegais e as penas. Entretanto, temos ainda um sistema paralelo que não se encontra em consonância com a nossa própria legislação constitucional e penal: o sistema penitenciário. Dentro deste, podemos englobar a existência da criminologia, a ciência das prisões, que muitas vezes contradizem o que é juridicamente definido. A prisão é mais do que uma pena, mais do que uma consequência do sistema jurídico penal. A prisão é criada, mantida e administrada por políticas. Quando se aprisiona

um ser humano, mais do que submetê-lo a uma penitência pelo crime que cometeu, é uma forma de mantê-lo sob o poder do soberano e controlá-lo.

A fase de execução penal é onde vemos a fusão do saber jurídico e poder político do Estado, vontade de controlar e disciplinar parte controlada da sociedade estratificada em face de outra. É onde determinados indivíduos são privados de direitos fundamentais por juízos de conveniência e oportunidade. Bens jurídicos como, por exemplo, a saúde, é colocada em segundo plano, priorizando a punição. A falta de verbas orçamentárias para escoltas policiais de um sentenciado a uma consulta médica é constante, todavia, às audiências não.

Há diferença entre o peso das penalidades, uma sociedade mais organizada não teria necessidade de ser mais severamente punida, as penas estariam mais ligadas a necessidade de controle sobre os seus indivíduos. A ciência jurídica, o saber jurídico e o que é definido pelos Códigos são em tese universais mas, sua prática é relativizada em face da *sociedade* a qual será aplicada, pois uma sociedade *organizada*: “pode satisfazer-se com um sistema penal relativamente leve” (FOUCAULT, 2015, p.62).

Em suma, a consequência de se comportar contra as normas jurídicas não são as mesmas para todos os indivíduos, mas a sua principal forma de punição é a privação da liberdade. Isto porque a liberdade é o que permite o indivíduo desfrutar de tudo que tem direito, de tudo que ele é ou pode vir a ser. Mas mais do que a liberdade de ir e vir, as penas de reclusão, detenção e até mesmo de trabalhos forçados, privam o indivíduo de muito mais direitos e formas de ser. Engloba o jejum, a saúde, privação da prática sexual, do afeto, da liberdade de criar uma identidade física, obrigando-os a se vestirem da mesma forma, ter o cabelo da mesma forma, tirando a sua identidade. Todas estas são também formas de punição, que confirmam o poder do soberano e excluem os delinquentes da liberdade de ser. Ensina-os a acordar cedo, a trabalhar, a ler em horários certos, a lidarem com seus superiores respeitando a hierarquia dentro do local de reclusão. Disciplina-os para uma vida de produtividade, industrial, de trabalho, ao mesmo tempo que resume-os como pertencentes ao mesmo segmento.

Segundo Foucault (2015, p. 82-86), temos dois princípios historicamente e humanamente criados, o jurídico que é o da pena e o moral que é o da penitência. A condenação de um ser humano ultrapassa o processo jurídico formal, durante a execução da condenação do ser é onde todos os saberes se encontram e agem de acordo com o que se pretende a política de disciplina dos indivíduos. Dentro dos meios que “prendem” os sujeitos, temos meios que os controlam mais do que corporeamente, mas mentalmente, afetivamente, modificando o seu interior. Criando uma zona de adestramento dos seres, mas também oportunizando um campo de fragilidade emocional, onde grupos de indivíduos similares são fortalecidos e quando organizados, tornam-se uma resistência ao

poder – inerente a dinâmica de repressão.

Os *criminosos* não são inimigos de uma sociedade, são parte de uma sociedade, que embora possa ser separada pelas suas características sociais, políticas, econômicas, raciais e entre muitas outras categorias, formam uma só população e que se ligam direta ou indiretamente.

4 CONTROLE SOCIAL E A PENALIDADE CONTEMPORÂNEA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As ações humanas influenciam as próprias condições humanas. Ao nomear, objetificar e criar uma relação de poder sobre algo seja uma relação de dominação, superioridade ou inferioridade; modificamos também a forma como estes seres humanos se vêem, se incluem dentro do meio em que vivem e também como são vistos de fora dele.

A idéia que o ser humano tem de si é diretamente afetada pela forma como as construções sociais o conceituou, o categorizou, o condenou. Oksala expõe em síntese sobre a percepção de Foucault, na tentativa de expressá-las mais concretamente:

O modo como botânicos classificam as plantas não tem nenhum efeito sobre o modo como as plantas “se comportam”; no caso de seres humanos, porém, a medida que inventam novos objetos, classificações e categorias, os cientistas geram tipos de pessoas e também tipos de ações e sensações. Categorias de pessoas passam a existir e ao mesmo tempo em que as pessoas que se enquadram nelas. Há uma interação dinâmica, de mão dupla entre esses processos.

(OKSALA, 1966, p. 21)

As práticas sociais externas, assim como dentro dos presídios têm a finalidade de causar nos indivíduos uma dinâmica de culpa. Sentimento de exclusão por serem moralmente *diferentes* da sociedade “de verdade”. Fora do cárcere as práticas são sutis, podemos encontrá-las nas extremidades. O descaso que se tem com a educação, com as escolas públicas, com o sistema de saúde público. Com as imensas tentativas e alta punição, fiscalização das favelas, subúrbios, localidades onde a pobreza – um dos maiores problemas sociais do Brasil – é visto a olho nu da forma mais nítida. Também onde a troca de tiros é constante e segundo as operações: necessárias para a segurança pública. A morte de jovens “bandidos”, antes mesmo do devido processo penal, se torna legitimada e não digna de comoção social, vista como consequência em prol da justiça e segurança.

Mais do que nas operações policiais, a distinção feita através do raciocínio jurídico também é clara, podendo ser encontrada nos processos e no sistema judiciário.

A The Intercept Brasil fez uma pesquisa onde resultam os seguintes dados baseado em relatórios da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sobre os detidos em prisão em flagrante:

Pelo primeiro ano, cor e raça foram levados em consideração no levantamento realizado pela Defensoria. Entre os detidos em 2017, 4.553 são pretos ou pardos e 1.337 são brancos. 79,9% que denunciaram agressões no momento da prisão eram negros. E dos que se declararam negros, 42,1% tiveram liberdade concedida. Já o índice dos brancos, chega a 48,9%.

[...]

O relatório também traça o perfil social das pessoas presas em flagrante. Das 6.374 pessoas detidas no último ano, 65% tem apenas o ensino fundamental completo, 84% têm entre 18 e 36 anos. Quase 90% dessas pessoas trabalhavam sem carteira assinada antes da prisão. Mulheres representam 7,36% entre os presos.

(GONÇALVES, 2018, s.p.)

A pesquisa considerou como objeto também o senso comum de que a liberdade concedida aos presos em flagrantes é prejudicial à coletividade e a segurança, pois possibilitaria a prática reiterada de crimes pelos acusados. Todavia os dados além de demonstrarem o contrário ainda fizeram um filtro sobre o perfil racial e social dos detidos e dos que foram beneficiados com a liberdade provisória.

Esta que ocorre a partir da audiência de custódia, um avanço para o sistema jurídico, pois possibilita impedir que um indivíduo, depois de avaliada sua situação, seja preso sem necessidade, uma forma de exercer ainda a garantia constitucional do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIX - é assegurado aos presos o **respeito à integridade física e moral**. (grifei)

Tanto que, o juiz pode analisar lesões causadas na hora da prisão em flagrante.

Apesar de teoricamente relevante, todo progresso no pensamento humanístico-social, vem com uma punição em contrapartida. A audiência de custódia possibilitou a denúncia e a fiscalização dos juízes quanto aos maus tratos durante as prisões, assim como a concessão da liberdade provisória e outras medidas alternativas a prisão durante o aguardo do julgamento. Entretanto, há inúmeros casos de presos provisórios que ficam mais de 12 horas sem comer durante o deslocamento para as audiências de custódia. Entre eles estão gestantes e imigrantes jovens. Sobre a pesquisa do Instituto Pro Bono quanto a este problema ocasionado durante o “avanço” na humanização do mecanismo benéfico para o sistema prisional, mas principalmente para os indivíduos ainda não condenados, Macedo (2018, s.p), relata:

Em um dos registros do Instituto, o preso chega a relatar: “A barriga chega tá roncando”.Dados. De acordo com o levantamento, nenhum fórum no interior do Estado fornece alimentação para presos que aguardam audiências. Já nas unidades prisionais, segundo dados do Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC), da Defensoria de SP, o jejum pode variar de 13 a 16 horas em 79,6% delas.

Que a precariedade da alimentação no sistema carcerário existe é fato, mais do que isto, é aceito. Não há comoção para que isto seja modificado, melhorado. Todavia, esta precariedade e descaso para os ainda não condenados durante a espera para as audiências de custódia é mais uma

forma de *punir* pelo *avanço* em um mecanismo humanizado do sistema. Teoricamente temos leis que visam a humanização, a terapia penal, a ressocialização de indivíduos desviantes, mas não enxergamos as atrocidades causadas a eles que vão muito além da mera pena privativa de liberdade. Causando uma modificação em todo o seu sistema emocional, psicológico, imunológico.

A dificuldade de deslocamento para unidades mais próximas dos familiares também influencia na recuperação do indivíduo. Pois faz parte dos princípios da boa ressocialização e terapia penal a aproximação familiar, o sentimento de acolhimento e revigoração para que o indivíduo se sinta disposto a *mudar de vida*. E até isto é dificultoso durante a execução.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210) de 1984 dispõe: “Art. 41. Constituem direitos do preso: x – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.” Entretanto, conforma já previamente visto, as condições sociais da maioria da população carcerária é precária e a distancia se torna um obstáculo principalmente financeiro para que este direito seja exercido.

Os pedidos de providências para aproximação familiar são reiteradamente negados com o discurso de que a execução é uma atividade mista, comportando atividade jurisdicional e administrativa. O que de fato é. E, portanto, mediante o juízo de conveniência e discricionariedade, pois interfere na administração orçamentária do executivo, encaminhando indeferindo os pedidos, todavia, encaminhando-o para análise das unidades prisionais. Mais uma forma de punição aos indivíduos sentenciados no âmbito da execução da pena.

Ao se tornar um acusado, um sentenciado e até mesmo antes disto acontecer pelas vias formais de vigilância e punição, cria-se um indivíduo desprovido de humanidade, retira-se dos *rostos sem face* a sua identidade que poderia ser alternativa ao que lhe foi imposto de forma generalizada. É criada uma concepção de que a verdade sobre aquele indivíduo já existia devido a sua trajetória decadente e precária até o momento do delito, e então se exteriorizando através do crime. Logo, a verdade real sobre esse indivíduo pode ser resumida pelo conteúdo da sua infração. O ato juridicamente ilegal que aquela pessoa cometeu se torna na representação legítima do que aquele ser humano representa para a sociedade, fazendo jus à punitividade ampla, a fim de punir e corrigir para sua volta ao convívio social.

O sentenciado se torna proprietário de uma única identidade: O desgosto social que a própria infração traz. Carregando consigo durante todo o processo de execução penal o ônus de ser quem ele é, desde antes da condenação.

Um ônus iniciado desde que nasceu perdurando durante toda a sua vida, mas reforçado o repugno moral-social quando do cometimento de crimes e respectiva condenação.

Um sentimento exacerbado que precede a condenação jurídica, através do devido processo

legal, já executado pelas instâncias não oficiais e condenatórias sociais.

Todavia, na execução penal é onde se encontram os mecanismos legitimados, exteriorizados, sem máscaras para a sua mais “nua” punitividade e ódio, mas politicamente e popularmente ratificado pelos representantes do povo. Com finalidades embasadas princípios e preceitos do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, a fim de recuperar estes indivíduos, ressocializando-os, e trazendo-os de volta para a sociedade quando conscientes das lesões aos bens jurídicos tutelados que causaram dispostos a seguirem uma vida disciplinada e nos padrões que permitam o respeito da liberdade e dos direitos dos outros indivíduos dentro do Estado Democrático de Direito.

Os aparatos para reprimir e punir os atos condenados, é onde o descaso e o sentimento de desvalorização social e moral inerente a eles se exteriorizam e evidenciam-se nas relações hierárquicas dentro das penitenciárias, nas degradantes e desumanas condições de higiene, alimentação, saúde e principalmente na negligência quanto ao combate ao crime organizado por parte do Estado.

Ainda que nos séculos XVIII e XIX estejam aparentemente distantes, as reformas nos nossos Códigos escondem padrões que não foram reformados. Não é correto dizer que o encarceramento, as penas privativas de liberdade não funcionam, elas funcionam representando mais do que esta positivado: Elas abrangem inconsequentemente a instalação de um modo de viver, incluindo horários corretos para acordar e comer, sem contar a redução alimentar. Incluem trabalhos forçados, leituras restritas em horários definidos, privação da vida sexual. As prisões retiram uma liberdade mais do que aquela de ir a onde quiser, elas representam um estilo de vida criado socialmente. Todavia, apenas alguns crimes representam quase o total da população carcerária no Brasil.

Historicamente, em todo o mundo, as formas de punir e “recuperar” um indivíduo desviante sempre foram condenando o indivíduo como moralmente diferente da sociedade, usando de métodos de confinamento, medo e etiquetamento social, sendo todo o sistema uma grande engrenagem de produção construída por concepções históricas, discursos científicos elaborados através de conhecimento e saber de parte da sociedade que forma estereótipos e legitima práticas a fim de etiquetar *o outro* diferente de si, ou apenas de mantê-lo *fora*.

5 CONCLUSÃO

O poder é algo difuso que compreende todos os espaços, todas as relações. O poder cria conceitos, epistemes. O poder é humano e Foucault o enxerga em todos os lugares. Dentro das pequenas relações, sendo estas que afetam as grandes relações tanto quanto. O presente estudo

abordou um embasamento teórico em ferramentas literárias onde Foucault oportuniza pensar diferente dos adornos jurídicos construídos historicamente. O ponto crucial encontra-se no acesso ao saber e nos problemas sociais de um Estado, que atinge diretamente na construção jurídica e ideológica dos Poderes de um Estado, composto por pessoas com as mesmas percepções sobre os diferentes de si. O *construcionismo social* existente involuntariamente, como um senso comum, em que se exerce uma disciplina que fabrica indivíduos todos os dias, os privilegiando ou os estigmatizando. Um poder soberano que encontra adornos nos discursos, com adornos legítimos para mitigar direitos fundamentais na política administrativa de um Estado todos os dias, mas principalmente, da forma mais cruel, no âmbito das condenações e execuções penais.

As práticas arbitrárias diferenciadas, subjetivas são uma forma automática de separação de uma sociedade, buscando a organização, padronização de uma delas: aquela que é marginalizada e sofre as conseqüências de um Estado que não pune crimes de alto escalão e diferencia o tratamento entre os *criminosos*, dando oportunidade para a impunidade dos detentores de poder, criando um ciclo sem fim de crimes de alto escalão que impossibilitam a melhoria da distribuição de recursos para áreas como a da saúde e da educação; tornando as necessidades dos mais pobres e desprivilegiados mais intensas e propensas a crimes. Além de, oportunizar o comando destas áreas por organizações criminosas, que agem como se fossem o Estado, uma vez que, o Estado acaba representando e exercendo funções para obter “segurança pública” para o segmento social que o compõe. Não agindo com a finalidade de dar garantias fundamentais a todos da sociedade.

Ao criar normas absolutas quanto a determinados padrões, cria-se também uma forma absoluta e universal de julgar, deixando de lado as dinâmicas sociais, o estudo de mudanças e novas verdades que podem vir a ser mais eficazes, e abrangendo interesses coletivos maiores referentes à sociedade inteira, sem estratificações.

Desta forma, uma sociedade inevitavelmente toma conta do poder de disciplina e etiquetamento dos seres humanos, limita o processo de definição por instancias não oficiais e oficiais. Cria-se uma sensação de Estado Democrático de Direito, de liberdade, porém a verdade que se discursa e pratica por formas de governo, processos judiciais, aplicação jurídica distinta produz indivíduos e é negligência, torna impune outros. Sendo então, esta estabilização do consenso social sobre a estigmatização e aceitação da impunidade de pessoas privilegiadas, um problema social maior do que qualquer índice de crimes de roubo ou homicídio. Representando um atraso do pensamento humanístico-social, uma arte de punir pelos detentores de poder econômico sobre os mecanismos de justiça social que define onde e quem merece viver sob a margem da escória e desumanização.

REFERÊNCIAS

- ASMANN, Selvino; PICH, Santiago; GOMES, Ivan Marcelo; VAZ, Alexandre Fernando. **Corpo e Biopolítica: Poder Sobre a Vida e Poder da Vida**. Site da CBCE-SC. Disponível em: <<http://www.cbce.org.br/docs/cd/resumos/119.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- _____. Lei nº 7.210 de 11 de jul. de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília: Senado, 1984.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Apenas 4% dos Liberados nas Audiências de Custódia Voltam a Ser Presos**. Site do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80886-apenas-4-dos-liberados-nas-audiencias-de-custodia-voltam-a-ser-presos>>. Acesso em: 02 jun. 2018.
- CHOMSKY, Noam. **Natureza Humana: justiça vs. poder – debate entre Chomsky e Foucault**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Justiça Criminal e Sociedade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42ª edição. Petrópolis: Vozes, 2014.
- _____. **A Sociedade Punitiva: curso no collège de France (1972-1973)**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- GONÇALVES, Juliana. **Nem 6% dos Presos em Flagrante Voltam a Ser Detidos Mostra Levantamento Inedito**. Site da Intercept Brasil. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/07/12/soltar-presos-flagrante-crime/>>. Acesso em: 13 jul. 2018.
- HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 23 edição. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- LFG. Os **Crimes Mais Praticados no Brasil que Lotam as Penitenciárias**. Site da LFG. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/crimes-mais-praticados-no-brasil-que-lotam-as-penitenciarias>>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- MACEDO, Fausto. **Doutor, A Cabeça Ta Rodando**. Site do Estadão. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/doutor-a-cabeça-ta-rodando/>>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- MACPHERSON, Crawford Brough. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX**. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991.
- RAGO, Margareth. **A Aventura de Contar-se: feminismo, escrita de si e invenções da subjetividade**. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.
- TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização... Uma (dis) função da pena de prisão**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

TV PUC. **Apropriações de Foucault por Margareth Rago**: XVII Semana de Ciências Sociais – Desafios do Séc. XXI. Youtube, 03 out. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UkJCVhr6Vsw>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

TRANSFOBIA E A INVISIBILIDADE DAS PESSOAS TRANSGÊNERAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Dirceu Pereira SIQUEIRA¹
Sabrina Medina ANDRECIOLI²

RESUMO

A sociedade plural atual impõe ao Direito inovações em suas reflexões e respostas a temas que atingem a existência humana. Diante de um cenário de enorme violência e dor, que a população LGBTI vive na atualidade, é que se verifica a real importância de se tratar da temática e dos direitos dessa população; a incompreensão e falta de acesso a informação, leva a discriminação e ao preconceito. Portanto, este trabalho tem por objetivo a análise da invisibilidade, violência e descaso referente aos indivíduos trans encarcerados. Assim, explorar-se-á os conceitos e origens da identidade de gênero. Mostrando a incontroversa a importância e magnitude da dignidade da pessoa humana na questão da situação de violência e violação de direitos da pessoa transexual, a partir do entendimento principiológico da dignidade como palavra de ordem. Empregou-se para tanto o método hipotético-dedutivo, e como método de procedimento, utilizou-se o casuístico e o funcional, já quanto aos métodos de investigação utilizou-se o bibliográfico e o documental.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana; Identidade de Gênero; Transfobia; Transexualidade; Violência.

ABSTRACT

The current plural society imposes on the Law innovations in its reflections and responses to themes that affect human existence. Faced with a scenario of enormous violence and pain, which the LGBTI population lives in today, it is the real importance of dealing with the issue and the rights of this population; misunderstanding and lack of access to information, leads to discrimination and prejudice. Therefore, this work aims at the analysis of invisibility, violence and disregard for incarcerated trans individuals. Thus, the concepts and origins of gender identity will be explored. Showing the incontrovertible the importance and magnitude of the dignity of the human person in the question of the situation of violence and violation of the rights of the transsexual person, from the principled understanding of dignity as a slogan. The hypothesis-deductive method was used, and as a procedure method, the casuistic and the functional were used.

KEY WORDS: Dignity of human person; Gender Identity; Transphobia; Transsexuality; Violence

INTRODUÇÃO

¹ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), e nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB), Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State – EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar de Maringá (UniCesumar); Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (Emap); Advogada. E.mail: sah_andri@hotmail.com

Os Transexuais, bem como toda população LGBTI, enfrentam uma realidade de grande violência; o Brasil foi considerado o país que mais ocorre homicídios de pessoas trans no mundo. As consequências para a vida desses indivíduos são absolutamente nefastas, incluindo o isolamento social, o sentimento profundo de solidão, e, em decorrência disso, depressão, ansiedade e, em alguns casos, suicídio.

É por meio desse cenário de magnitude violência, que se verifica a real importância de se tratar da temática e dos direitos dessa população; a falta de explicações e informações claras levam a sociedade a uma atitude reducionista e elitista, quem não se enquadra no padrão é percebido com incompreensão, discriminação e preconceito. Sendo assim, é essencial a compreensão sobre o que é transexualidade e identidade de gênero.

Diante desse cenário de invisibilidade e descaso, em que estão inseridas os indivíduos trans encarcerados, o presente trabalho tem como finalidade promover reflexões sobre o sistema prisional brasileiro. Para tanto, fixa o princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral de proteção da pessoa, buscando rechaçar qualquer tipo de discriminação.

Utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, tendo estabelecidos condições e hipóteses a serem refutadas, na busca do derradeiro objetivo representado na identificação sujeito objeto do estudo, ou seja a comunidade trans encarcerada, e seus direitos, sendo realizada uma análise reflexiva. Já como método de procedimento, utiliza-se o casuístico e o funcional. E, quantos aos métodos de investigação, emprega o bibliográfico e o documental, realizado por meio de consulta de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos oficiais e jurisprudências.

Para tanto o estudo foi dividido em três tópicos. No primeiro, se irá contextualizar e conceituar a identidade de gênero e as diferentes manifestações da sexualidade humana. Se levanta a questão de vivenciarmos uma sociedade de cultura preconceituosa e intolerante, e a incompreensão, invisibilidade e falta de acesso a informações leva a mais reducionismos e discriminação.

Assim, se buscou esclarecer conceitos, e dar maior visibilidade a população trans, ressaltando a necessidade de campanhas ostensivas, efetivas e periódicas de combate ao preconceito e ódio em todas esferas da sociedade, e evidenciando que o Direito à Identidade tem como fundamento a dignidade humana no reconhecimento do indivíduo como pessoa, numa esfera intangível de direito que não podem ser afastados.

No segundo tópico, far-se-á uma análise do princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos fundamentais, busca-se, também, trazer dados sobre o fenômeno da “transfobia”, dados estes que coloca o Brasil como um país extremamente intolerante e transfóbico. Classificando a transfobia como sendo uma violência motivada por questões de gênero, uma

manifestação de violência psíquica e física, promovida pela intolerância e pelo não reconhecimento da existência de sujeitos cuja a identidade de gênero difere do sexo biológico.

Por fim, a terceira parte investigar-se-á o fenômeno da invisibilidade das mulheres trans em situação de cárcere, revelando as fragilidades das políticas criminais e sociais no que concerne à redução das desigualdades e ao fortalecimento da cidadania dessas mulheres trans. Se destaca que no Brasil ocorre uma ausência de informação à respeito do universo trans em todos os aspectos, inclusive no que concerne ao cárcere. Essa ausência de dados dos sistema prisional brasileiro em relação a essa população demonstra o completo descaso das instituições públicas.

Buscar-se-á nessa parte analisar a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, que visa formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos da comunidade LGBT em privação de liberdade.

E por fim, se explorará sobre o sistema de alas separadas para os indivíduos trans, este sistema vêm se tornando uma alternativa adotada por alguns estabelecimentos prisionais como tentativa de diminuir as violências a elas direcionadas devido a existência de uma dificuldade do enquadramento dos transgêneros no sistema penitenciário binário. Sendo relevante, ao se tratar de indivíduos trans no sistema carcerário, uma análise casuística da situação, para determinar qual estabelecimento melhor será capaz de atender suas necessidades.

1 IDENTIDADE DE GÊNERO: CONCEITOS E ORIGENS

A compreensão de conceitos e origens da identidade de gênero, se faz mister para adentrar na análise da esfera das violações dos direitos do transgênero no ambiente carcerário. Tendo em vista que a situação dos transexuais ainda está à margem do direito, há uma resistência de aceitação da sociedade, movida pelo preconceito e pela dificuldade em aceitar as diferenças.

O aspecto da sexualidade humana é definido pela expressão orientação sexual, que pode ser conceituada como o impulso sexual de cada indivíduo que aponta para a forma como ele vai canalizar sua sexualidade; tendo como referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual.

Geralmente, a orientação sexual é classificada em três dimensões, sendo a heterossexualidade, quando o indivíduo tem atração por pessoa com identidade de gênero diverso do seu; já se for por alguém do mesmo gênero, rotula-se homossexualidade; e se for por ambos os gêneros, a nomenclatura será bissexualidade (CASTRO, C. V., 2016, p. 6).

Assim, a orientação sexual integra a esfera de privacidade do indivíduo, o que não admite restrições, nutre-se, então, a ideia de que a orientação sexual não pode se apresentar como

condicionante de direitos e tampouco ser obstáculo para a formação de um núcleo familiar distinto àquele tido como tradicional (MALUF, 2010, p. 122).

A sexualidade, em si, se desenvolve por completo quando existe uma harmonia entre o que se sente e o modo como os sentimentos são exteriorizados. Nessa perspectiva, os caminhos que levam um indivíduo a ser heterossexual, homossexual, bissexual ou transexual são muitos, e a falta de explicações claras leva a sociedade a uma atitude reducionista e elimitivista.

A orientação sexual, segundo Vecchiatti, se refere ao sexo que atrai a pessoa de maneira erótico-afetiva, e a identidade de gênero se refere ao gênero com o qual a pessoa se identifica (VECCHIATTI, 2013a, p. 83). De modo efetivo, a identidade de gênero parte de uma análise individualista formada do íntimo de cada ser. Assim, a identidade de gênero, está correlacionada ao conceito de pertencimento de cada um, na sua sensação ou percepção pessoal quanto a qual seja o seu gênero, independentemente de sua constituição física ou genética, sobressaltando o entendimento de que:

Não existe determinismo biológico quando se fala da construção da identidade sexual, vez que esta se molda além do plano do meramente físico ou anatômico, sendo sexo e gênero elementos distintos, havendo este último de prevalecer sobre aquele no que se refere à formação da identidade da pessoa.(CUNHA, 2015, p. 19).

Sobre essa temática, é importante destacar os princípios de Yogyakarta:

[...] a identidade de gênero é a profundidade sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoa do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meio médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (PRINCIPIOS, 2007, p. 9).

Nota-se, então, que identidade de gênero é a experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento. Já a identidade sexual correlaciona-se à maneira como os indivíduos sentem e experimentam a sua sexualidade conforme a construção cultural e singular de cada vivência (CARDIN; BENVENUTO, 2013, p. 117).

Importante ainda aduzir que a transgeneridade é considerada como uma das desordens da identidade de gênero, e sua característica principal consiste na incongruência entre o sexo atribuído na certidão de nascimento e a identidade psíquica de gênero. Assim, os transgêneros são indivíduos que “[...]Mesclam nas suas formas plurais de feminilidade ou masculinidade, traços, sentimentos, comportamentos e vivências que vão além das questões de gênero como, no geral, são tratadas” (DIAS, 2014, p.42).

De acordo com Stuart Hall (2003, p. 38-39), a identidade é realmente algo formado, ao longo de tempo, através de processos inconscientes, e não algo inato, existente na consciência no momento do nascimento. Portanto a identidade surge de uma falta de inteireza que é satisfeita a partir do exterior do indivíduo, “[...] pelas formas através das quais nós imaginamos ser vistos por

outros”.

A patologização da transexualidade foi uma das formas encontradas pela ideologia heterossexista para continuar a defender a heterossexualidade como uma sexualidade admissível, em que: “O processo de naturalização das identidades e a patologização fazem parte desse processo de produção das margens, local habitado pelos seres abjetos, que ali devem permanecer” (BENTO, 2012, p. 31-35).

Ante a uma sociedade de cultura preconceituosa, ocorre que muitas vezes, as pessoas trans guardam para si o sentimento e a consciência de sua identidade, por extenso período, até o momento em que se assumem frente à sociedade, família e demais pessoas de seu convívio. O que se resta evidente é que o indivíduo deve ter respeitado o seu direito à própria imagem ideal, conforme os valores que acredita; essa identidade intrínseca é constituída por um conjunto de traços que se misturam e se priorizam entre si (VIEIRA, 2009, p. 227).

Desta feita, o direito a identidade tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, no reconhecimento do indivíduo como uma pessoa e na admissão de uma esfera intangível de direitos que não podem ser afastados. Situa-se, assim, no âmbito do direito de personalidade e do direito à intimidade, direitos que merecem destacada atenção constitucional (DIAS, 2016, p. 315). Dessa forma, a identidade do transexual é verdadeiramente reconhecida quando lhe é permitido expressar seu sexo psicossocial.

Atualmente, não existe no ordenamento jurídico pátrio, normas expressas federais que garantem direitos aos transexuais; se verifica uma enorme carência de disciplina e regulamentação jurídica adequada, bem como, uma jurisprudência e doutrina consolidadas sobre o tema, consubstanciando uma grave omissão legislativa.

Por conseguinte, é de real importância a análise crítica a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição brasileira, para que se possa analisar a situação da pessoa transexual a partir do entendimento principiológico da dignidade como axioma dos direitos fundamentais.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E POPULAÇÃO TRANS

O presente tópico visa analisar o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos da personalidade, bem como a tutela destes direitos no âmbito prisional referente aos indivíduos trans.

É da dignidade que decorrem os direitos mais importantes do homem, como o direito à vida, a igualdade, liberdade, proporcionalidade, dentre outros. E é justamente neste aspecto, que o princípio ora estudado funciona como um fim, o de originar direitos, limitando o poder Estatal e o

próprio homem.

Sarlet, assim como outros autores, concebe a existência de uma dignidade comum a todos os seres humanos, fomentada no respeito e na satisfação de uma série de direitos indispensáveis para a garantia de uma vida digna, o que, conseqüentemente, justificaria a universalização dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 32).

Desta forma, para o autor a dignidade da pessoa humana não é um direito natural metapositivo, e sim uma concretização constitucional dos direitos fundamentais. A previsão do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, não se trata de uma norma programática, mas de um supraprincípio constitucional em amplitude ou dimensão da dignidade da pessoa humana norteadora dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, Sarlet enfatiza o sentido axiológico e os parâmetros hermenêuticos para a compreensão da Constituição, e que o dispositivo legal acima mencionado atua como limite à ação do Estado, proteção da liberdade humana e autoridade e arbítrio, contidos como garantia do cidadão (SARLET, 2009, p. 120-121).

Há determinadas necessidades humanas que podem ser fixadas como universais, posto serem comuns a todas as pessoas e a todas as comunidades. Para Barreto, o fundamento de uma dignidade humana está nas necessidades humanas que podem ser fixadas como universais, posto serem comuns a todas as pessoas e a todas as comunidades e na busca pela sua satisfação (BARRETO, 1998, p. 378).

É incontroversa a importância e magnitude da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos e fundamentais, para que se possa analisar a questão da situação de violência e violação de direitos da pessoa transexual, a partir do entendimento principiológico da dignidade como palavra norteadora.

2.1 Das Minorias Sexuais e “TRANSFOBIA”

Antes de se tratar das minorias sexuais, é importante definir o que seria grupo minoritário. Buscando amparo da sociologia, minoria, conforme definição clássica de Louis Wirth (1941, p. 415), é um grupo de pessoas que, por suas características físicas ou culturais são diferenciados dos outros na sociedade em que vivem para um tratamento diferenciado e desigual, e, portanto, são considerados como objetos de discriminação coletiva³.

³ Texto original de Louis Wirth na definição de minorias: “The concept “minorities” is here used to apply to those who because of physical or social and cultural differences receive differential treatment and who regard themselves as a people apart. Such groups characteristically are held in lower esteem, are debarred from certain opportunities, or are excluded from full participation in our national life. Certain groups within our society occupy not merely a disadvantageous objective position but also tend to develop a conception of themselves as inferiors, as aliens, and as persecuted groups, which significantly affects their roles in the collective enterprises of the nation. The existence of such groups in our midst calls attention to the fact that our society has not yet been fully knit together into a single, integrated, national unit” (WIRTH, 1941, p. 415).

O tratamento diferenciado vai implicar no impedimento ao acesso a certas oportunidades e na exclusão da participação na vida política da sociedade na qual estão inseridas. as minorias. Grupo minoritário é, portanto, sinônimo de inferioridade e de uma posição desprivilegiada.

Rios e Piovesan (2003, p. 156) afirmam que é possível articular um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias, na medida em que há um padrão dominante em nossa sociedade: ela é branca, masculina, cristã e heterossexista. A assimilação de transexuais, gays, lésbicas, bissexuais, travestis e intersexuais como grupos minoritários tem tido destaque no mundo ocidental desde o século XIX (CASTRO, 2016, p. 13); sendo de grande relevância enfatizar que, grupos minoritários só existem porque são estigmatizados e inferiorizados por outros que integram o corpo social dominante.

Vecchiatti entende que minorias sexuais são:

[...] foadas por pessoas que são discriminadas por conta de sua orientação sexual, sua identidade de gênero dissonante do socialmente esperado para pessoas de seu sexo biológico, por sua intersualidade ou por exercerem práticas sexuais não aceitas pela moralidade majoritária sem que haja motivação lógico-racional que justifique tal discriminação. (VECCHIATTI, 2013a, p. 83-84).

No que tange os indivíduos transexuais, a realidade de violência é muito acentuada. A chamada "transfobia" tem crescido no Brasil, país onde mais ocorrem homicídios de pessoas transexuais no mundo. Segundo levantamento da organização Transgender Europe (TGEU, 2017), que monitora os assassinatos de Travestis e Transexuais pelo mundo, com 52% das mortes, o Brasil lidera o Ranking mundial de assassinatos de Travestis e Transexuais, entre 01/10/2016 e 30/09/2017, foram assassinadas 171 pessoas Trans no Brasil, seguidos de 56 mortes no México, 25 no EUA, 10 na Colômbia e 7 na Argentina e El Salvador no mesmo período.

Do perfil das trans mais expostas estão as profissionais do sexo, negras e em situação de vulnerabilidade social. De acordo com a organização TGEU:

O risco de uma pessoa trans ser assassinada é 14 vezes maior que um homem gay cis; e se compararmos com os Estados Unidos, as 144 travestis brasileiras assassinadas em 2016 face às 21 trans americanas, as brasileiras têm 9 vezes mais chance de morte violenta do que as trans norte-americanas. (TGEU, 2017)

No Brasil a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA)⁴ é rede que articula mais de 100 instituições com a finalidade de desenvolvimento de ações para a promoção de direitos o resgate da cidadania da população de Travestis e Transexuais.

Segundo o Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017 realizado pela ANTRA, ocorreram 179 Assassinatos de pessoas Trans, sendo 169 Travestis e Mulheres

⁴ A Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), é uma rede nacional que articula em todo o Brasil 127 instituições que desenvolvem ações para promoção da cidadania da população de Travestis e Transexuais, fundada no ano de 2000, na Cidade de Porto Alegre. Disponível em: < <https://antrabrasil.org/>>. Acesso em: 10 Mai. 2018

Transexuais e 10 Homens Trans. Destes, encontramos notícias de que apenas 18 casos tiveram os suspeitos presos, o que representa 10% dos casos (ANTRA, 2018, p. 14)

De acordo com as informações obtidas pelos dados levantados pela Associação Nacional de Trans, cerca 90% da população de Travestis e Transexuais utilizam a prostituição como fonte de renda e subsistência; porcentagem alarmante relacionada a exclusão social, familiar e escolar. Sendo que, cerca de 0,02% estão na universidade, 72% não possuem o ensino médio e 56% o ensino fundamental (ANTRA, 2018, p. 18)

Assim, numa perspectiva de gênero sobre a absorção das transgêneros pelo mercado de trabalho, assevera Miriam Adelman (2003, p.83-84):

Basta uma rápida olhada nos anúncios de emprego para deixar claro que o mercado de trabalho possui uma estrutura segmentada pelo gênero-definido pela dicotomia convencional homem/mulher. Muitos valores subjetivos e avaliações estão embutidos nesta divisão - sobre aquilo que um homem ou uma mulher pode ou deve fazer. Pessoas com uma ambiguidade de gênero poderiam causar confusão e sentir rejeição, por não se encaixarem facilmente nos nichos que existem no mercado de trabalho. A mesma ambiguidade pode ser vista como algo capaz de perturbar o desempenho da função, principalmente num mundo onde muitas ocupações se exercem vinculadas à apresentação e conservação da imagem.

Deste modo, os homens e mulheres transexuais, por transgredirem aos padrões heteronormativos são extremamente excluídos e não possuem acesso aos direitos civis básicos, sequer ao reconhecimento da identidade (ROCHA; CARDIM, 2015, p. 156)

As pessoas transexuais são diariamente vítimas da transfobia. De acordo com Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 3):

No que se refere ao seu cotidiano, as pessoas transgênero são alvos de preconceito, desatendimento de direitos fundamentais (diferentes organizações não lhes permitem utilizar seus nomes sociais e elas não conseguem adequar seus registros civis na Justiça), exclusão estrutural (acesso dificultado ou impedido a educação, ao mercado de trabalho qualificado e até mesmo ao uso de banheiros) e de violências variadas, de ameaças a agressões e homicídios.

A transfobia, portanto, é uma violência motivada por questões de gênero; uma verdadeira manifestação de violência psíquica e física, promovida pela intolerância e pelo não reconhecimento da existência de sujeitos cuja identidade de gênero é destoante ao sexo biológico.

Acerca do transfeminicídio Berenice Bento aborda que:

O assassinato é motivado pelo gênero e não pela sexualidade da vítima. Conforme sabemos, as práticas sexuais estão invisibilizadas, ocorrem na intimidade, na alcova. O gênero, contudo, não existe sem o reconhecimento social. Não basta eu dizer "eu sou mulher", é necessário que o outro reconheça este meu desejo de reconhecimento como legítimo. O transfeminicídio seria a expressão mais potente e trágica do caráter político das identidades de gênero. A pessoa é assassinada porque além de romper com os destinos naturais do seu corpo-generificado, faz isso publicamente. (BENTO, 2014, p. 01).

Se verifica a importância da equiparação e enquadramento do assassinato de Travestis e Mulheres Transexuais na Lei do Feminicídio, visto que a taxa de assassinatos de Travestis e

Mulheres Transexuais, é alarmante.

O relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ressalta de os atos de violência física contra as pessoas com orientações sexuais, identidades e expressões de gênero diversas, tendo em vista os altos índices de violência registrados no continente americano contra a população LGBTI, e a ausência de uma resposta estatal eficiente diante dessa problemática. Referente aos escassos índices de denúncias a Comissão observa que:

[...] os baixos índices de denúncias também invisibilizam a violência cotidiana contra as pessoas LGBT, principalmente no que se refere a ataques não letais. Os ataques não letais são o tipo de violência mais comum sofrido por pessoas LGBT em todos os Estados Membros da OEA. Relatórios recebidos pela CIDH de fontes independentes indicam que as pessoas lésbicas, gays bissexuais e trans frequentemente sofrem uma grande variedade de ataques, desde empurrões até pauladas, lançamento de garrafas, pedras ou outros objetos contundentes. Estes atos de violência são tão comuns em algumas partes da região que podem nem ser denunciados, pois são considerados parte da “vida cotidiana” das pessoas LGBT (OEA, 2017, p. 84)

A ausência de sistemas eficazes de registro e denúncia de atos violentos motivados por preconceito referente a população LGBT, oculta o verdadeiro alcance da violência. Assim, é necessário uma efetivação da criminalização, qualificação e tipificação de crimes cometidos por discriminação contra esta população; trazendo uma maior visibilidade, incentivando denúncias a fim de possibilitar um efetivo levantamento de dados e elucidação dos casos de forma correta.

Campanhas efetivas, ostensivas e periódicas de combate ao preconceito, ódio e da transfobia, em toda a esfera da sociedade e estado (escola, família, unidades de saúde e órgãos de segurança pública), também é um meio eficaz para a progressiva erradicação de preconceitos da sociedade.

No intuito de buscar outras alternativas para a proteção legal desses indivíduos, existe um Projeto de Lei n. 7582/2014 de autoria da Deputada Maria do Rosário, propõe a definição dos crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1 e caput do art. 5 da Constituição Federal de 1988.

Dentro da realidade carcerária do Brasil, em relação às minorias transexuais e travestis, se verifica grande invisibilidade social. Os transgêneros são ignorados, quase por completo, pelo sistema. É de real importância da visibilidade desses indivíduos, e implementação de políticas públicas de promoção humana e de inclusão social.

2.2 Da Dignidade da Pessoa Humana como Tutela Geral de Proteção

Os indivíduos transexuais são verdadeiras vítimas de estigmatização e exclusão social, razão pela qual a reivindicação da sua identidade pessoal e sexual se torna também uma luta contra a discriminação. Nesse ponto surge uma nova faceta dos direitos da personalidade que além de

possuírem como finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana, também objetivam assegurar a tutela dos vulneráveis (MOREIRA; ALVES, 2015, p. 84).

A dignidade da pessoa humana constitui núcleo base e essencial de todos os direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, e considera cada ser humano igual e possuidor do direito de desenvolver-se física e psiquicamente, com respeito à vida e à liberdade.

Constitucionalizada como Direito fundamental na Constituição Federal de 1988 (Artigo 1º, III), a dignidade humana se caracteriza pela cláusula geral de proteção da pessoa que fundamenta a existência dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade.

Do ponto de vista histórico, os primórdios dos fundamentos acerca da dignidade humana pode ser percebido no pensamento da antiguidade clássica, a dimensão filosófica da dignidade designava a qualidade inerente do ser humano dotado de liberdade e igualdade que os diferenciavam dos demais seres (SARLET, 2009, p. 33).

No próximo período da história humana, o período medieval, a noção de dignidade sofre modificações por influências do Cristianismo. Os seres humanos possuem dignidade porque são obras da divindade e possuem uma relação de aproximação com o divino, sendo que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, ligando a figura do homem à uma divindade suprema dotada de reverência e valor.

Considera-se que o termo *dignitas humanas* foi utilizado pela primeira vez por São Tomás de Aquino, em sua obra *Suma teológica* ressalta capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana (AQUINO, 2001, p. 411). A importância de Aquino e de suas obras para o período medieval leva à consideração do angélico na construção do conceito de dignidade humana devido à evidência e ao aprofundamento das reflexões sobre o homem enquanto imagem e semelhança de Deus.

Já com o Renascimento o homem passou a ser o centro do universo, e a dignidade da pessoa passou a representar o sentido de liberdade e o livre arbítrio do indivíduo (SARLET, 2009, p.35).

Assim, compreensão da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização, mas manteve o seu foco primordial que era o conhecimento fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade. Sobre esta concepção, afirma Immanuel Kant (2011, p. 59) que a dignidade parte da autonomia ética do ser humano, tendo ela como fundamento da dignidade do homem, ou seja, não podendo ele ser tratado como objeto nem por ele mesmo.

A dignidade, como valor moral e, também espiritual, seria um mínimo indispensável de valores que devem ser respeitados pela comunidade, tendo o ser humano o direito a se autodeterminar e liberdade para conduzir sua própria existência, como reconhecimento de sua

condição de ser humano.

No século XX, após inúmeras atrocidades e experiências históricas de aniquilação do ser humano vividas na história, principalmente depois das duas grandes guerras mundiais, tornou-se necessário o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como uma conquista de razão ético-jurídica, assim, estes surtos de grandes violências “[...]fazem nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos” (COMPARATO, 2014, p. 50).

Nessa esteira, diante da reconstrução do mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio Luís Roberto Barroso aduz:

[...] A dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longa e aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. A dignidade humana foi então importada para o discurso jurídico devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fator corresponde a um fenômeno mais sutil, que se tornou mais visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica, pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra. (BARROSO, 2013, p. 18)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 objetivou delinear uma ordem pública fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais consagrou a dignidade da pessoa. Deste modo, conforme aduz Flávia Piovesan (2013, p. 210), para a Declaração, o requisito único para a titularidade de direitos é a própria condição humana; a dignidade humana passa a ser fundamento dos direitos humanos vindo a ser incorporada por todos os outros tratados e declarações de direitos humanos que passaram a integrar o Direito Internacional.

Deste modo, a dignidade humana se tornou o valor fundante do sistema dos direitos fundamentais e se converteu no patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampada nos direitos subjetivos incorporados e assegurados pelo sistema constitucional. E conforme leciona Bonavides (2001, p. 233), sobre a força normativa deste princípio fundamental, que sua densidade jurídica deve ser máxima, o princípio em que “[...] todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”.

Nessa esteira, José Afonso da Silva (1998, p. 94), a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que inspiram a ordem jurídica, uma vez que possui natureza de valor supremo que dimensiona e humaniza a pessoa para realização e a efetivação dos direitos fundamentais.

Portanto, a dignidade da pessoa humana encontra-se no cerne da ordem jurídica brasileira concebendo a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de

organização do Estado (FERMENTÃO, 2016, p. 892). Considera cada ser humano igual e possuidor de direitos, independente da circunstância em que nasceu, de sua opção sexual, de sua cultura, religião e governo, pois só depende de sua existência.

Pode se dizer, então, que a nova faceta dos direitos da personalidade tem a finalidade de proteger, em todas as dimensões, a dignidade humana, além de objetivar assegurar a tutela dos vulneráveis. Os direitos e garantias individuais discriminados na Constituição brasileira são direitos de personalidade que já foram consagrados, tendo alcançado, assim, à categoria de princípios constitucionais.

Há uma proteção geral da personalidade, os direitos da personalidade tutelados no artigo 5º da Constituição não protegem apenas o indivíduo dos atos praticados pelo Estado, na verdade, a tutela é ampla, dirigida também nas relações entre particulares (SZANIAWSKI, 2005, p. 241).

Assim, assegurar a identidade de gênero do transexual é resguardar os seus direitos da personalidade como a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia de vontade, da igualdade, da liberdade, inclusive o direito à felicidade e ao esquecimento (CARDIN; BENVENUTO, 2013, p. 124).

A Constituição Democrática de 1988, revelou grande preocupação em banir discriminações de qualquer ordem. O direito à não discriminação revela-se imperativa a busca pela eliminação das desigualdades fáticas que venham a colocar os transexuais em situação de inferioridade, expondo-os a constrangimentos infundados. Nesse sentido Leandro Reinaldo Cunha aduz:

[...] não se pode fomentar um raciocínio em que se separa os iguais, sem qualquer critério efetivamente admissível, pelo simples fato de serem pessoas com uma constituição genetal diferente, em decorrência de sua orientação sexual, ou qualquer coisa que o valha. Não é coerente tratar-se de forma desigual apenas fundando-se em preceitos que são socialmente impostos e que não se sustentam por si só, tornando o sistema jurídico um refém de uma visão antiga e desprovida de efetivação social.(CUNHA, 2015, p. 83)

E é nessa direção que se enquadra a temática do encarceramento das mulheres transgêneras. A vulnerabilidade das transexuais em situação prisional é ampliada em razão dos bloqueios ao acesso a serviços de saúde, social e legais, gerando uma contínua rede de violações de direitos humanos.

A sociedade insiste em não reconhecer a existência de indivíduos trans, estão sob uma penumbra, e isso faz com que as mais triviais atividades do cotidiano tenham potencial para se tornar episódios de constrangimento; de inquisição quanto ao gênero e aos seus documentos; por fim, de não respeito à dignidade dessas pessoas;

A ausência de percepção dessas situações está ligada umbilicalmente a capacidade de estranhamento das pessoas diante destes eventos. Assim, como em todos os espaços da sociedade, o cárcere também maldiz os indivíduos trans, sendo um espalho de grande violações de direitos.

3 DA INVISIBILIDADE E VIOLÊNCIA SOFRIDA PELAS MULHERES TRANSGÊNERAS NO SISTEMA PRISIONAL

Diante de um cenário de invisibilidade, violência e descaso é que estão inseridas as mulheres transgêneras. A situação nacional revela fragilidades das políticas criminais e sociais no que concerne à redução das desigualdades e ao fortalecimento da cidadania dessas mulheres trans.

Os processos de marginalização e exclusão social, abordados mais detalhadamente no tópico anterior, não poderiam deixar de ter um reflexo no sistema prisional, levando-se em conta que a clientela desse sistema é constituída desde sua origem pelos grupos excluídos, sendo ele responsável por aprofundar os processos de segregação através de seu funcionamento em prol da manutenção do *status quo* da sociedade (BARATTA, 2002, p.183).

Para tanto, diante do total desrespeito dos direitos humanos revelado de forma inequívoca no retrato brasileiro do cárcere, é de grande importância explorar, mesmo que brevemente, o cenário atual do sistema prisional brasileiro e as funções exercidas pelo sistema penal.

O sistema penal não atua de forma homogênea. Ressalta, aqui, a existência de sistemas penais subterrâneos. Estes sistemas consistem nos espaços em que “todas as agências executivas exercem um poder punitivo paralelo, independentemente das linhas institucionais programadas” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 53), e é nestes espaços, à margem da legalidade, que as agências do sistema penal exercem a grande força de seu poder conformador.

Nestes sistemas subterrâneos o genocídio é visto de maneira mais escancarada e o há mais violência no controle sobre as populações vulneráveis. Porém, conforme expõe Daniel Fonseca Fernandes (2015, p. 123), a prisão segue ocupando posição principal no sistema formal de controle, o revela a “[...]potência crescente de uma política criminal hostil e excludente, marcada, sobretudo, pela seletividade e pela negação de direitos a parcelas mais vulneráveis da população”.

Os dados trazidos pelo Infopen⁵, demonstra que o número de pessoas presas cresceu 707% em relação ao total registrado no início da década de 90 (BRASIL, 2017a), já com relação a população carcerária feminina o aumento exponencial chega à 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, enquanto a masculina o porcentual foi de 293% no mesmo período (BRASIL, 2017b).

O público alvo do nosso sistema penal consiste em jovens negros de baixa escolaridade, acusados de tráfico e crimes patrimoniais. O levantamento revela que 74% dos presos possuem até 34 anos. No total, 64% são negros, e considerando apenas a população do sistema penitenciário

⁵ Infopen consiste em um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro; atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetizando informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

federal, 73% são negros. Do total de presos, 51% tem o ensino fundamental incompleto, e somente 9% concluiu o Ensino Médio. Quanto aos homens, mais de 70% é acusado por tráfico ou crimes patrimoniais. (BRASIL, 2017a).

Especificamente com relação às mulheres, a maior parte das mulheres presas no Brasil tem relação com o tráfico de drogas⁶ (62%), ou seja, 3 em cada 5 mulheres do sistema prisional, respondem por crimes ligados ao tráfico (BRASIL, 2017b). Ainda, a maioria das mulheres presas é negra (62%); jovem (o maior índice de presas estão na faixa etária de 18 a 29 anos) e com pouco ou nenhum estudo. Sendo que cerca de 66% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental; sendo que apenas 15% da população prisional feminina concluiu o ensino médio.

E, quanto aos levantamento de dados relacionados a transexuais dentro do ambiente prisional?. Se verifica no Brasil uma ausência de informação à respeito do universo trans em todos os aspectos, inclusive no que concerne ao cárcere. Carece de dados e pesquisas oficiais; faltam estatísticas, levantamentos e políticas públicas voltadas à essa população.

Não se sabe quantos indivíduos trans estão encarcerados, como também não há informação quanto a situação de vida, ondem residem, qual a renda média e nível/acesso escolar. Existe um verdadeiro silêncio institucional.

As informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro expostas acima demonstram o aumento exponencial de pessoas encarceradas, o perfil etário, educacional e étnico, dessa população encarcerada, retratam pontualmente a extrema desigualdade econômica-social brasileira.

Neste sentido, o cárcere brasileiro é o espaço de eliminação da parcela subalterna da humanidade. De acordo com Baratta (2002, p. 186) existe um processo de prisionalização, em que há a apropriação pelos sujeitos da chamada subcultura carcerária. A cadeia, portanto, é uma reprodução da realidade social exterior, e exerce de forma progressiva o exercício do poder punitivo, extrapolando as margens da legalidade.

Foucault em sua obra *Vigiar e Punir* descreve que a prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos de repartir os indivíduos, classificá-los, retirar deles o máximo de tempo e forças, codificar seu comportamento contínuo e mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. Segundo ele "[...] Trata-se ao mesmo tempo de tornar penalizáveis as frações mais tênues da conduta, e de dar uma função punitiva aos elementos

⁶ Incluem os crimes de Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06), Associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06) e Tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06).

aparentemente indiferentes do aparelho disciplinar”. (FOUCUALT, 2000, p. 149).

No âmbito do judiciário existe a problemática de que os órgãos julgadores sobre a realidade social da população marginalizada; preconceitos e estereótipos, juntamente com a aplicação do senso comum, são apontados como elementos de forte influência na aplicação da lei penal (BARATTA, 2002, p. 177)

Há assim, um reforço ao estigma e ao preconceito por colocarem travestis e transexuais em ambientes masculinos. É necessário que os indivíduos trans sejam respeitados em todos os espaços, inclusive em estabelecimentos prisionais, conforme sua identidade de gênero.

No Brasil a ausência de informação à respeito do universo trans em todos os aspectos, inclusive no que concerne ao cárcere, demonstra claramente o completo descaso das instituições públicas e do Estado. Essa invisibilidade da situação das pessoas trans encarceradas reflete a discriminação que essa população sofre fora dos muros da prisão, sendo o cárcere o reflexo da discriminação por parte da própria sociedade.

É nesse viés que a visibilidade da população transexual é uma formas de enfrentamento do preconceito presente em toda sociedade, reproduzido pelo judiciário no momento da jurisdição e pelas demais instituições do Estado em seu funcionamento.

3.1 Dos Princípios Constitucionais e a Resolução Conjunta Nº1/2014

No arcabouço constitucional brasileiro, pode-se encontrar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana consagrado no artigo 1, inciso III da Constituição, como fundamento da República Federativa do Brasil, constituindo-se em verdadeira pedra de toque do sistema jurídico pátrio, e sendo assim, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

No que diz respeito ao sistema carcerário brasileiro o desrespeito à dignidade da pessoa pelo Estado é grande. Segundo Rogério Greco (2011, p. 103), o Estado deixa de observar o princípio da dignidade da pessoa humana ao fazer, ou deixar de fazer algo para preservá-la, aduz que “[...] O descumprimento, pelo delinquente, do ‘contrato social’ parece despertar a fúria do Estado, que passa a tratá-lo com desprezo, esquecendo-se de que é portador de uma característica indissociável da sua pessoa, vale dizer, a sua dignidade”.

De acordo com os princípios norteadores da Constituição, é indispensável a importância do direito de cumprir pena em presídio compatível com a própria condição deve ser garantido em respeito à dignidade da pessoa humana, da não discriminação (artigo 3º, IV) do respeito à integridade física e moral dos presos (artigo 5º, XLIX), da proibição da tortura e do tratamento degradante ou desumano (artigo 5º, inciso III) e do direito à saúde garantido mediante políticas sociais e econômicas (artigo 196).

Visando formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos da comunidade LGBT em privação de liberdade, foi aprovada a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014⁷, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT)⁸.

De acordo com essa Resolução, são resguardados às pessoas trans os direitos de usarem roupas de acordo com seu gênero, de manter cabelo da maneira que preferirem e de serem tratadas pelo nome social. Além disso, determina-se o oferecimento de espaços de vivência específicos a travestis e gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade. Como também prevê que as pessoas transexuais masculinas e femininas sejam encaminhadas a unidades prisionais femininas (BRASIL, 2014)

Diante desse cenário, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 527), buscando interpretação conforme a Constituição aos dispositivos da Resolução Conjunta Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação 1/2014 para assentar que as custodiadas transexuais somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino.

Consoante notícia divulgada pelo próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, a ADPF foi distribuída ao ministro Luís Roberto Barroso. A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais afirma haver decisões judiciais conflitantes na interpretação dos dispositivos da resolução, o que prejudica os direitos constitucionais de indivíduos trans, submetidas a condições de desrespeito em estabelecimentos prisionais incompatíveis com o gênero feminino, sofrendo graves influências físicas e psicológicas (BRASIL, 2018a).

Apesar de existirem bases constitucionais e resoluções que assegurem o direito ao uso do nome social, à expressão de gênero, à destinação que não se pautem tão somente na genitália do indivíduo, nota-se que na maioria dos casos não é colocado em prática.

Assim, se ressalta a importância da discussão levantada por meio da ADPF exposta acima, tendo em vista que a consecução de direitos na temática dos detentos transgêneros não tem

⁷ Disponível em: <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncd_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf>. Acesso em 10 jun. 2018.

⁸ O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) é um órgão colegiado, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), criado por meio da Medida Provisória 2216-37, de 31 de agosto de 2001. O CNCD/LGBT, órgão colegiado composto por trinta membros, sendo quinze representantes da sociedade civil e quinze do governo federal, tem por finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

precedentes nos tribunais superiores brasileiros, até então.

Um outro exemplo referente a temática dos transexuais no ambiente carcerário, foi a decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso, do STF, nos autos do Habeas Corpus nº 152.491 (BRASIL, 2018b). No qual o ministro em questão determinou, em decisão monocrática, que dois réus transexuais fossem colocados em estabelecimento prisional compatível com suas respectivas orientações sexuais, baseando sua decisão na Resolução Conjunta nº 1/2014 e na Resolução SAP – 11/2014⁹, do estado de São Paulo, que faculta às unidades prisionais a implantação, após análise de viabilidade, de cela ou ala específica para população de travestis e transexuais, de modo a garantir sua dignidade, individualidade e adequado alojamento.

Isto posto, dada a sua relevância e considerando a existência de poucas decisões do STF que envolvem diretamente a sua proteção e promoção do direito da população LGBTI, a decisão se tornou um importante marco para o tratamento jurídico do tema. Tendo em vista que extrapola o conteúdo meramente processual penal e estabelece conexões com direito civil (um exemplo seria o direito ao registro civil de acordo com a sua identidade de gênero) e princípios fundamentais, mas também em virtude da atualidade de algumas discussões relevantes que dizem respeito a uma vida livre de violência, de discriminação.

3.2 Das Alas Separadas para Mulheres Trans

É de grande notoriedade que o sistema prisional, por estar calcado num sistema de justiça criminal que não reconhece e nem leva em consideração a identidade de gênero, apresenta sérias dificuldades em se adaptar aos novos paradigmas relacionados a sexualidade.

É certo que a inexistência de uma política penitenciária nacional no Brasil voltada ao tratamento dos detentos trans têm comportado para o cotidiano prisional problemas de gestão penitenciária e uma série de graves violações de seus direitos fundamentais.

A dificuldade do enquadramento dos transgêneros no sistema penitenciário homem/mulher também pode ser constatada pela cultura prisional ocidental tradicionalmente perpetua os padrões binários de gênero (CAVALCANTE; VIEIRA, 2011, p.). As alas separadas para mulheres trans vêm se tornando uma alternativa adotada pelos estabelecimentos prisionais como tentativa de diminuir as violências a elas direcionadas.

O pioneirismo brasileiro em adotar a medida das celas apartadas foi dado pelo estado de Minas Gerais, no ano de 2009, no presídio de São Joaquim de Bicas II (MINAS GERAIS, 2013). Alguns anos depois, em 2012, no Estado do Rio Grande do Sul, foram criados espaços exclusivos

⁹ Resolução em inteiro teor disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/CPDS/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20SAP-n%C2%BA%2011.pdf>> . Acesso em: 10 Jun. 2018.

para os detentos transgêneros no Presídio da capital, tendo em vista a existência de muitas denúncias de abusos sexuais, psicológicos e de preconceito contra os detentos transgêneros, que eram submetidos a situações vexatórias e humilhantes no cárcere. Também tem unidades com essas alas no Estado do Mato Grosso e Paraíba (CHAIB, 2013, p.6).

As alas passaram a ser oficialmente previstas com a Resolução Conjunta nº1/2014. O que importa ressaltar, contudo, que apesar de observar relatos de melhorias no que tange à saúde e à integridade física dos detentos trans, a prática de alas apartadas ainda é uma prática controversa.

Um exemplo de discussões levadas sobre as celas específicas é o trazido por Guilherme Ferreira (2014, p. 90) ao analisar o presídio central de Porto Alegre, verificou que as alas podem implicar em menor acesso ao trabalho e estudos. Além disso a externalização do gênero feminino é muitas vezes negado e refutado, como também, os relacionamentos dentro do cárcere ficam sujeitos a aprovação dos demais internos e da própria administração.(FERREIRA, 2014, p. 106).

Ao mesmo tempo que estes espaços visam proteger a integridade física, essa seria mais uma maneira de separar e segregar pessoas que não tem culpa da violência que sofrem, sendo assim, duplamente afetadas.

Uma das preocupações levantada pela Comissão Internacional de Direitos Humanos é relativo às condições de vida inferiores nestas celas ou unidades, em comparação com outras unidades nas prisões e uma maior estigmatização por causa destas medidas de segregação, podendo ainda, limitar o acesso aos programas e benefícios oferecidos à população carcerária em geral, os quais são cruciais para a reabilitação ou a participação em programas de livramento antecipado (OEA, 2017, p. 116-117).

Considerando que no Brasil é uma carência no que tange o levantamentos oficiais, traz o exemplo dos Estados Unidos da América. No Estado norte americano, segundo dados do Departamento de Justiça, entre os anos 2011-2012, cerca de 39,9% das pessoas trans presas relataram abuso sexual, violência por parte de internos e também de agentes penitenciários. (ESTADOS UNIDOS, 2014).

Nos Estados Unidos, o Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Delito recomendou que o princípio para classificação e distribuição deve ser alojar os reclusos LGBT no ambiente que melhor garanta a sua segurança¹⁰(UNDOC, 2009, p. 106).

É relevante, ao se tratar de indivíduos trans no sistema carcerário, uma análise casuística da situação (semelhante a diretriz adotada pelos EUA, no Ato de Eliminação do Estupro na Prisão),

¹⁰ Algumas penitenciárias em determinados estados adotaram políticas para beneficiar as pessoas trans privadas de liberdade, que se aplicam ao alojamento, vestimenta, banheiros, higiene, revista e outros aspectos da detenção, e assim mulheres trans foram colocadas em prisões para mulheres e referidas para tratamentos médicos com base no seu gênero (OEA, 2017, p. 117).

para determinar qual estabelecimento melhor será capaz de atender às necessidades de determinada pessoa, levando em conta a opinião do indivíduo preso.

Quando se trata do encarceramento de pessoas trans, envolver movimentos sociais na formulação de políticas públicas proporcionando uma melhor resposta às demandas, é de grande importância. E, ainda, se deve ocorrer uma grande mudança de paradigmas no sistema de justiça, com capacitação permanente em direitos humanos e igualdade de gênero nas instituições públicas, principalmente nas agências de segurança pública.

Apesar resoluções que assegurem o direito ao uso do nome social, à expressão de gênero, à destinação que não se pautem tão somente no sexo biológico do indivíduo, nota-se que na maioria dos casos não é colocado em prática. A exemplo disso é o caso de Verônica Bolina, obstante já estar vigente a Resolução Conjunta nº1/2014, ela foi destinada à unidade masculina e lá foi espancada, torturada por policiais, com fotos divulgadas na internet, não havendo até hoje nenhum responsabilizado (BRASIL, 2016).

Infelizmente o caso retratado acima não é uma realidade isolada, a violência cometida contra a comunidade trans está ligada diretamente a sua identidade de gênero. A não observância das resoluções e direitos constitucionais, a falta de visibilidade da população trans e de pesquisas sobre o tema, remetem à segregação e ao não reconhecimento dos indivíduos trans como cidadãos, detentores de direitos inerentes a pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade tão plúrima permeada por grupos heterogêneos que fogem do conceito de normalidade imposto, não deve ter espaço para o sexismo e nenhum outro tipo de discriminação. Esbarra-se, dessa forma, na necessidade de implantação de políticas públicas eficientes com objetivo de incentivar o conhecimento a respeito da transexualidade evitando a incompreensão, discriminação e o preconceito.

A temática trazida neste trabalho ocasiona reflexões sobre a configuração e a efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Deve-se, assim, assegurar ao sujeito trans o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual, tendo em vista que esse direito está calcado no princípio da dignidade humana.

O estudo pretende afastar alguns mitos e estigmas relativos aos transexuais, enfatizando a necessidade de reconhecimento e efetivação dos seus direitos ao caracterizá-los como direitos de personalidade, assim como ao associá-los à ideia de efetivação de um direito humano.

O problema do presente trabalho consistia em dar visibilidade a uma parcela da sociedade muito estigmatizada, esquecida e em situação de extrema vulnerabilidade, as pessoas trans

encarceradas pelo sistema prisional brasileiro. Buscou-se ir além dos muros penitenciários para se compreender o aprisionamento trans, traçando o perfil desses indivíduos e como funciona a alas específicas implantadas em alguns estabelecimentos nacionais, bem como as controvérsias que esse sistema de alas ainda possui.

Verificou-se que o encarceramento de pessoas trans não é uma mera discussão quanto ao lugar onde vão se cumprir a pena, mas também das peculiaridades da vivência na prisão. É essencial o envolvimento de movimentos sociais e organizações na formulação de políticas públicas que proporcionem uma melhor resposta às demandas tanto no âmbito prisional como fora dele.

O estudo, quedou-se claro que a vida das pessoas trans é frequentemente marcada por dificuldades, que podem se manifestar em entraves institucionais, violências, invisibilidades, dentre diversos outros. A vida no cárcere não seria diferente, as pessoas transgêneras são subjugadas e abandonadas por um sistema que, com uma frequência perturbadora, insiste em não lhe reconhecer sua identidade de gênero e dignidade.

REFERÊNCIAS

ADELMAN, Miriam. **Travestis e Transexuais e os Outros: Identidade e Experiências de Vida**. in: Gênero. Niterói: EdUFF, v. 4, n. 1, 2003.

ANTRA. Associação Nacional de Travestis e Transexuais. **Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017**. Salvador, 2018. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em: 10 Mai. 2018.

AQUINO, São Tomás de. **Suma de Teología**. 4. ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e a Crítica do Direito Penal**. 3ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENTO, Berenice. **Brasil: o país do transfeminicídio (CLAM)**. Centro Latino Americano de Sexualidade e Direitos Humanos, Rio de Janeiro, p. 01 - 02. 2014.

BENTO, Berenice. **O Que é a Transexualidade**. 2ª ed. São Paulo. Brasiliense, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em 05 Jun. 2018.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias –**

Infopen Mulheres . Brasília, DF, 2017b. Disponível em:<
http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 05 Jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução Conjunta nº-1, de 15 de Abril de 2014**. Disponível em: < http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncd_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf>. Acesso em: 10 Jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Ação pede que STF afirme direito de transexuais de cumprir pena em presídio feminino**. Brasília ,DF, 2018a. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=383132>> Acesso em: 10 Jul. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo Penal. Habeas-corpus. Prisão preventiva. Habeas-corpus nº 152.491**, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 2018b. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341940>>. Acesso em 15 Jun.2018.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2001, p. 233.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. **Do Reconhecimento dos Direitos Dos Transexuais como um dos Direitos da Personalidade**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 13, n. 1, p. 113-130, jan./jun. 2013.

CAVALCANTE, Murilo Simões; VIEIRA, Adriana Dias. **O Binarismo-Sexual no sistema carcerário e a questão dos direitos dos travestis e transexuais presos**. In: ANAIS DO XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Belo Horizonte, 2011.

CASTRO, C. V. **As garantias Constitucionais das pessoas transexuais**. 01. ed. Birigui-SP: Editora Boreal, 2016.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHAIB, Júlia. **Cadeia exclusiva para travesti e transexual**. Correio Brasiliense, Brasília, p. 6, 14 out. 2013.

CUNHA, Leandro Reinaldo. **Identidade e Redesignação de Gênero: Aspectos da Personalidade, da Família e da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Ed. RT, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT. 4. ed. em e-book baseada na 11. ed. impressa. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Departamento Justiça. **Bureau de Estatísticas de Justiça. Prisoners in 2011, 2012.** Disponível em: <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p11.pdf>>. Acesso em 10 Jun. 2018.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues . **Análise Filosófica sobre o Princípio da Dignidade Humana como uma Nova Teoria de Justiça.** REVISTA JURÍDICA CESUMAR.

Mestrado , v. 16, p. 877-896, 2016. Disponível em:

<<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5211/2891>>. Acesso em 06 Mai. 2018.

FERNANDES, D.F. . **O grande encarceramento brasileiro: política criminal e prisão no século XXI.** Revista do Cepej , v. 18, p. 101-153, 2015.

FERREIRA, Guilherme G. **Travestis e prisões: a experiência social e a materialidade do sexo e do gênero sob o lusco-fusco do cárcere.** 2014. 144f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social. Faculdade de Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Petrópolis: Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à provação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro.** 8. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MINAS GERAIS. **Minas é o primeiro estado a ter presídios com alas exclusivas para homossexuais.** Disponível em: <<http://www.iof.mg.gov.br/index.php?/geral/Minas-e-o-primeiro-estado-brasileiro-a-ter-presidios-com-alas-exclusivas-para-homossexuais.html>>. Acesso em: 10 Jun. 2018.

JESUS, J. G. . **Identidade de Gênero e Políticas de Afirmação Identitária.** In: VI Congresso Internacional de Estudos sobre a Diversidade Sexual e de Gênero, 2012, Salvador. Anais do Congresso Internacional de Estudos sobre a Diversidade Sexual e de Gênero. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2012. v. 1. p. 1-15.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 88.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pósmodernidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; ALVES, Rubens Valtecidos. **Direito ao Esquecimento e o Livre Desenvolvimento da Personalidade da Pessoa Transexual.** Revista dos tribunais. Revista de Direito Privado: RDPriv, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 81-102, out./dez. 2015

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas**

Américas. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 10 Jun. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. **Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 10 Mai. 2018.

RIOS, R.R. e PIOVESAN F. **Discriminação por gênero e por orientação sexual. In: Seminário Internacional as minorias e o direito.** V.24, Brasília, CJF, 2003.

ROCHA, Francielle Lopes ; CARDIN, V. S. G. . **Da transfobia e do estupro corretivo no filme 'meninos não choram'.** In: Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori; Luciana Costa Poli; Regina Vera Villas Boas.. (Org.). **Direito, Arte e Literatura.** 1ed. Florianópolis: Congresso Nacional do CONPEDI, 2015, v. 1, p. 141-165.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TGEU. Balzer, Carsten (Carla La Gata); Hutta, Jan Simon; Adrián, Tamara; Hyldal, Peter and Stryker, Susan. 2012. **Transrespect versus transphobia worldwide.** A comparative review of the Human Rights Situation of gender-variant / Trans People. Berlin: Transgender Europe. Disponível em: <http://www.transrespect-transphobia.org/en/tvt-project/tmm-results/idahot-2014.htm>. Acesso em: 03 Jun. 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo: mudanças no registro civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

UNDOC. Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Delito, **Manual sobre Reclusos com necessidades especiais: reclusos homossexuais, bissexuais e transexuais,** 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2013a.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

WIRTH, L. **Morale and Minority Groups.** In: American Journal of Sociology, Vol. 47, no.3, November, 1941, p. 415-433. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2769291?newaccount=true&readnow=1&seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 20 Jun. 2018.