

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA



X
SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



ORGS.

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

JOSÉ EDUARDO LOURENÇO DOS SANTOS

©2020 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Luiz Fernando Kazmierczak & José Eduardo Lourenço dos Santos
(Orgs.)

Gustavo de Souza Preusler
(Editor)

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

Comissão Científica do X SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Gustavo Preusler (UFGD)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Prof. Dr. Tiago Cappi (UNISAL)
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UNIVEM)
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (Faculdades Londrina)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Violência e Criminologia / Luiz Fernando Kazmierczak & José Eduardo Lourenço dos Santos, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-00-13214-4

1. Violência e Criminologia / Luiz Fernando Kazmierczak & José Eduardo Lourenço dos Santos

CDU-344

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Violência e Criminologia.

CDU-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 INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS.....	5
Leonardo Bocchi COSTA Luiz Fernando KAZMIERCZAK	
AS TÉCNICAS DE NEUTRALIZAÇÃO E A RESISTÊNCIA AS MEDIDAS SANITÁRIAS DE SEGURANÇA FRENTE A PANDEMIA POR COVID-19.....	24
Guilherme Lozano de MORAES	
CORINGA: DA VIOLÊNCIA COMO INVISIBILIDADE À VIOLÊNCIA COMO ÊXTASE	42
Ana Elizabeth TAVARES Fernanda de Matos Lima MADRID	
CRIMINALIDADE E GÊNERO: ANÁLISE DO CONTROLE SOCIOPENAL SOBRE AS MULHERES PRESAS POR TRÁFICO DE DROGAS.....	57
Luiza Martins de SOUZA Vitória Aguiar SILVA	
DELITO SUPRAINDIVIDUAL NO DIREITO BRASILEIRO: ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL.....	73
Thadeu Augimeri de Goes LIMA	
DIREITO PENAL EXCLUDENTE: A SELETIVIDADE INERENTE AOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	94
Denner Murilo de OLIVEIRA Vinícius Odorizzi FACINA	
DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PENAL: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO.....	109
Thais Aline Mazetto CORAZZA Gustavo Noronha de AVILA	
ENTRE VIOLÊNCIAS, LATAS DE LEITE, GRADES E PANDEMIA: UMA ANÁLISE DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL.....	132
Luma Teodoro da SILVA	
GERENCIANDO OS CORPOS NEGROS: DE SENHORES DE ESCRAVOS AO ESTADO GENOCIDA.....	147
Andressa Paula de ANDRADE Letícia Carla Baptista ROSA	
O PERFIL MIDIÁTICO DO ACUSADO POR TRÁFICO DE DROGAS NA JUSTIÇA	

CRIMINAL E NA SOCIEDADE DO DESEMPENHO.....	163
Gabriel Teixeira SANTOS	
Lorena Novaes MEIRA	
O REVENGE PORN COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO.....	179
Larissa Aparecida COSTA	
Karine Lopes NUNES	
O SUPLÍCIO DA ALMA: O GARANTISMO PENAL CONTRA A SUPRESSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	202
Flávio Henrique da Silva ALESBÃO	
PANDEMIA DAS SOMBRAS: A INFLUÊNCIA DA QUARENTENA NO AUMENTO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	218
Júlia Prado DÁGOLA	
Gabriela Siqueira HO	
POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM MASSA: A PERPETUAÇÃO DO RACISMO ATRAVÉS DA NECROPOLÍTICA NO BRASIL.....	236
Marcos Vinícius Sanches SAVELLI	
Maria Giovana CALDEIRA	
USO DE ENTORPECENTES E OS CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE OS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 28 E 33 DA LEI 11.343/06 À LUZ DA SELETIVIDADE PENAL.....	257
Renan Ribeiro SOARES	
Karine CORDAZZO	
VIOLÊNCIA DE GÊNERO DENTRO DAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOLÓGICA DA NÃO PUNIÇÃO DOS AGRESSORES.....	275
Laís Burgemeister de ALMEIDA	
Vanessa de Souza OLIVEIRA	

A INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Leonardo Bocchi COSTA¹
Luiz Fernando KAZMIERCZAK²

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade analisar a aplicabilidade do instituto da reincidência criminal no ordenamento jurídico brasileiro frente aos princípios penais estatuídos pela Constituição Federal de 1988. Para isso, serão abordados sistemas que influenciaram a adoção da reincidência criminal pelo legislador pátrio, tais como o sistema inquisitorial, o direito penal do autor e a teoria do Direito Penal Máximo. Além disso, uma breve abordagem acerca da mudança de paradigma no Direito Penal trazida pela configuração do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito será realizada, a fim de que se explicita a necessidade de harmonização entre a aplicação concreta das normas penais e o protagonismo dos direitos fundamentais no Direito brasileiro. Foram utilizados como métodos de abordagem o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica indireta. Ao final da pesquisa, após serem confrontados os princípios penais constitucionais brasileiros e o instituto da reincidência criminal, pôde-se observar a insofismável incompatibilidade constitucional do instituto em comento, tendo em vista sua violação a diversos princípios basilares do Direito Penal moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo penal; *Ne bis in idem*; Princípios constitucionais penais; Reincidência Criminal.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the applicability of the criminal recidivism institute in the Brazilian legal system in view of the criminal principles established by the Federal Constitution of 1988. To this end, systems that influenced the adoption of criminal recidivism by the national legislator, such as the system inquisitorial, the criminal law of the author and the theory of Maximum Criminal Law. In addition, a brief approach about the paradigm shift in Criminal Law brought by the configuration of the Brazilian State as a Democratic State of Law will be carried out, with the finality to clarify the necessity for harmonization between the concrete application of criminal rules and the protagonism of fundamental rights in Brazilian law. The deductive method and indirect bibliographic research were used as methods of approach. At the end of the research, after being confronted the Brazilian constitutional penal principles and the institute of criminal recidivism, it was possible to observe the flagrant constitutional incompatibility of the institute under review, in view of its violation of several basic principles of modern Criminal Law.

KEYWORDS: Criminal guarantee; *Ne bis in idem*; Constitutional criminal principles; Criminal recidivism.

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atualmente é bolsista do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, atuando como estagiário junto ao gabinete da Vara da Família e Sucessões de Jacarezinho/PR.

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) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (2004). Atualmente é Professor Adjunto na graduação em Direito e na pós-graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), onde exerce o cargo de Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, do Campus de Jacarezinho

INTRODUÇÃO

A reincidência criminal é instituto penal basicamente sedimentado no Direito brasileiro, gozando de previsão legal desde o advento da Carta Criminal do Império de 1830. Apesar de se solidificar como instituto que visa a agravar a situação do réu que torna a cometer crimes, sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro entra em xeque ao serem levadas em consideração a evolução doutrinária do Direito Penal e a configuração política do Estado brasileiro estabelecida com o advento da Constituição Federal de 1988.

Ao se configurar como Estado Democrático de Direito, a República Federativa brasileira adota como princípio basilar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsão que gerou grandes consequências jurídicas no que diz respeito aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, à experiência jurídica penal brasileira, fatos que serão discutidos no decorrer deste estudo, com enfoque na incompatibilidade constitucional do instituto da reincidência criminal como decorrência do estabelecimento do Estado Democrático de Direito brasileiro e o conseqüente protagonismo dos direitos fundamentais na República brasileira.

O presente estudo buscará analisar as ligações entre o instituto da reincidência criminal e o direito penal do autor, bem como a relação entre a reincidência e a influência do Direito Penal Máximo na ordem jurídica brasileira, fato que, conforme se demonstrará, se mostra incompatível com o modelo penal garantista delineado pela Constituição Federal de 1988.

Com as linhas de raciocínio trazidas pela presente pesquisa, busca-se demonstrar a inconstitucionalidade do instituto da reincidência criminal, o qual avilta diversos princípios penais decorrentes do princípio da dignidade humana, tais como o da culpabilidade, proporcionalidade, exclusiva proteção do bem jurídico e *ne bis in idem*.

Por buscar presumir abstratamente uma maior periculosidade do agente, sem prejuízo da forma como se mostra um instrumento para a punição de um modo de ser ou de viver, a reincidência criminal deve ser afastada do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que os princípios consagrados pela Constituição Federal possam triunfar sobre o punitivismo decorrente do Direito Penal Máximo.

Neste contexto, o presente estudo baseado na revisão bibliográfica de pesquisas nacionais, bem como na legislação brasileira no âmbito do Direito Penal e Constitucional, utilizou o método dedutivo, na medida em que foram exploradas premissas gerais, autoevidentes, calcadas em fatos sociais de relevância, leis e proposições fenomenológicas.

Sendo assim, o presente trabalho tem por finalidade analisar a inconstitucionalidade do

instituto da reincidência criminal, partindo da análise da estrutura dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, bem como dos princípios estruturantes da ciência penal.

Após a exposição dos resultados trazidos pela presente pesquisa, pôde-se inferir que o sistema penal não pode exercer uma dupla punição do agente em razão da reincidência criminal, sob pena de violar o sistema penal garantista estatuído pela Carta Magna brasileira, bem como os princípios constitucionais penais indispensáveis ao exercício do *jus puniendi* estatal com a devida observância aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

1 O DIREITO PENAL À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Com as altas taxas de criminalidade, a sensação generalizada de insegurança e a ideologia do “cidadão ultrajado” (MINHOTO, 2002), pouco se reflete acerca do instituto da reincidência no Brasil, o qual, à luz do senso comum, parece ser um instrumento do Estado brasileiro a ser utilizado contra a impunidade daqueles que escolhem continuar a delinquir após cumprida a pena imposta pelo Estado.

Ocorre que pouco se discute sobre a real eficácia de tal instituto, além de sua legitimidade jurídica restar completamente prejudicada à luz dos princípios constitucionais de 1988. Isso porque o Direito Penal brasileiro deve ser o reflexo do sistema penal delineado na Constituição brasileira, devendo tal seara jurídica ser concebida à luz do perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, de onde um gigantesco tentáculo parte a fim de regular todo o sistema penal – o princípio da dignidade da pessoa humana –, de modo que qualquer ato normativo ou jurídico que o contrarie deva ser considerado inconstitucional.

O Estado Democrático de Direito é muito mais do que um princípio constitucional, configurando-se em um verdadeiro paradigma que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas em uma determinada ordem jurídica, motivo pelo qual a experiência jurídica penal do Estado brasileiro deve ser regida à luz dos direitos fundamentais, os quais “constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 151).

Nos termos da teoria constitucional do Direito Penal, a tarefa de criação de crimes e cominação de penas somente se legitima ao se tutelarem os valores consagrados na Constituição Federal. Em um Estado Democrático de Direito, não só a criação de tipos penais e a cominação abstrata de penas devem confirmar os princípios consagrados na ordem constitucional, mas também a interpretação do magistrado e sua conseqüente aplicação no caso concreto das normas penais devem ser regidas pelos princípios decorrentes do texto da Carta Magna.

Para que se compreenda o sistema penal delineado pela Constituição Federal de 1988, faz-se mister a abordagem de alguns incisos que se encontram no artigo 5º da Carta Magna, os quais podem ser compreendidos como o alicerce do sistema penal brasileiro. O inciso LVII prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), positivando no texto constitucional o princípio da presunção de inocência.

Ao mesmo tempo, o inciso XLV garante que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (BRASIL, 1988), explicitando no texto constitucional o princípio da responsabilidade pessoal ou também conhecido como princípio da intranscendência.

Sem prejuízo, a Constituição Federal, em seu inciso XXXIX do artigo 5º, prevê “que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988), positivando explicitamente o princípio da legalidade. E, por fim, no inciso LV do artigo 5º, o texto constitucional garante que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consagrando, de tal maneira, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Os princípios constitucionais ligados ao exercício do Direito Penal indicam, por si só, a delimitação de um sistema humanizado, compatível com as finalidades da Carta Magna e, a sua característica mais importante, *garantista*. O Garantismo Penal diz respeito a um modelo normativo de direito que obedece à estrita legalidade, típico do Estado Democrático de Direito, “voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado. Busca representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo e do direito penal máximo” (NUCCI, 2014, p. 358).

Todavia, o sistema garantista não é composto apenas pelos princípios supramencionados, os quais restam explicitamente positivados no texto da Constituição Federal, sendo complementado pelo princípio da lesividade, o qual se encontra implicitamente positivado no texto constitucional, uma vez decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre o garantismo penal e seus princípios norteadores, Luigi Ferrajoli, elaborador da teoria do garantismo penal, elenca:

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Conforme se pode aduzir da explicação supracitada, a materialidade e a lesividade dos delitos são, também, princípios que regem o sistema garantista, sem prejuízo de seus princípios processuais norteadores, os quais foram elencados por Ferrajoli acima, mas não serão abordados pelo presente estudo, haja vista sua desnecessidade para os fins da pesquisa.

Perceba-se que o princípio da ofensividade ou lesividade tem relação direta com a materialidade dos delitos, uma vez que, pelo que dispõe tal princípio, o fato cometido, para que possa transformar em fato punível, deve afetar concretamente o bem jurídico protegido pela norma, sendo impossível a existência de crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado (GOMES, 2004, p. 115).

Ou seja, não basta que um fato se mostre como uma violação da norma legal (crime em sentido formal) (SANTOS, 2014, p. 72) para que seja considerado um delito, sendo necessário que tal ação detenha *conteúdo* de crime, ou seja, que tenha caráter efetivamente danoso à sociedade (crime em seu sentido material) (PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 195). Portanto, em um sistema regido pelo garantismo penal, somente ações ou omissões devidamente previstas em tipos penais que contenham conteúdo material de crime, ou seja, atos formal e *materialmente* típicos, podem ser considerados criminosos.

2 O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Para que se possa compreender a lógica da existência do instituto da reincidência criminal, faz-se mister uma compreensão aprofundada acerca das finalidades da pena no direito penal brasileiro. O artigo 59 do Código Penal brasileiro determina que o juiz, observando as circunstâncias judiciais levadas em consideração na primeira fase da dosimetria da pena, estabeleça a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

O dispositivo em comento demonstra que, no ordenamento jurídico brasileiro, a pena tem como finalidades a retribuição do crime cometido pelo infrator, sem prejuízo da prevenção a outros crimes, salientando que a característica de prevenção da pena pode-se dividir em duas espécies, quais sejam, prevenção geral e especial, as quais se subdividem nas subespécies positiva e negativa. Sobre as finalidades da pena e as subdivisões do caráter preventivo da pena no Direito brasileiro, Guilherme de Souza Nucci discorre:

Na realidade, em nosso entendimento, a pena possui caráter multifacetado, implicando retribuição, o que continua a imperar no inconsciente coletivo da sociedade, bem como no próprio texto legal (art. 59, CP), além de significar prevenção geral positiva (reafirmação dos valores e da efetividade do direito penal) e negativa (intimidação à sociedade) e prevenção individual positiva (reeducação) e negativa (retirada do condenado do convívio social quando necessário) (NUCCI, 2012, p. 136)

Portanto, pelo que se pode concluir do raciocínio trazida por Nucci, a pena pode ser definida como a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como forma de retribuição ao delito cometido e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em positivo e negativo.

Sob o aspecto geral negativo, a pena tem como finalidade o poder intimidativo que ela representava a toda a sociedade, destinatária final da norma penal, enquanto, em seu aspecto geral positivo, a finalidade da pena é a demonstração e reafirmação da existência e eficiência do Direito Penal. Já no que diz respeito aos aspectos especiais do caráter preventivo da pena, em sua faceta negativa, a pena diz respeito à intimidação ao autor do delito para que não torne a delinquir, recolhendo-o ao cárcere, enquanto sob sua face positiva do aspecto especial, a pena significa a proposta de ressocialização do condenado, a fim de que volte ao convívio social (NUCCI, 2012, p. 323, grifo do autor).

Nesse contexto, pode-se concluir que o Direito Penal é o instrumento estatal composto por normas jurídicas cuja finalidade é a proibição de certas ações ou omissões que se mostram contrárias e prejudiciais aos interesses da coletividade como um todo. Aquele que viola qualquer dessas regras é repreendido pelo Direito Penal por meio da sanção penal, gênero de onde surge a pena – como espécie –, a qual se mostra como um meio de punição à infringência de bem jurídico tutelado.

Por meio desse mecanismo retributivo de controle, o Estado brasileiro visa a resguardar a defesa social, motivo pelo qual, levando em consideração o papel preventivo da pena, inclusive no que diz respeito à sua finalidade ressocializadora, optou pela adoção do instituto da reincidência criminal como forma de “tratamento mais severo àquele que demonstrou não absorver o propósito da condenação criminal anterior, denominando-o de reincidente” (ALMEIDA, 2012, p. 33-34).

Discutida a lógica do instituto da reincidência criminal à luz das finalidades da pena, pode-se passar à análise de tal instituto no que diz respeito à sua regulamentação pelo ordenamento jurídico brasileiro. A reincidência pode ser definida como o cometimento de uma nova infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior (NUCCI, 2012, p. 459).

Tal instituto encontra-se positivado no Código Penal brasileiro, em seu artigo 63, segundo o qual “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 1940). Cabe pontuar que, para que alguém seja considerado reincidente, é necessário que a condenação anterior já tenha transitado em julgado, situação que se dá por força do princípio

constitucional da presunção de inocência (PIRES, 2013).

No que diz respeito aos seus efeitos no tempo, em conformidade com o disposto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos [...]” (BRASIL, 1940). O dispositivo em comento limita a existência do instituto da reincidência criminal no tempo, determinando sua abrangência apenas nos casos de nova infração dentro do período de cinco anos contados a partir do cumprimento ou extinção da pena.

A consequência de tal disposição é a eliminação do “estado de reincidência” perpétuo, como estatuiu o Código de 1940, que mantinha um efeito estigmatizador por toda a vida da pessoa condenada (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 720-721). Decorrido o prazo quinquenal, a sentença penal condenatória anterior não prevalece para efeitos de reincidência, subsistindo, porém, para efeitos de maus antecedentes (STJ, 2009).

Os efeitos da reincidência, em observância ao disposto no inciso II do artigo 64 do Código Penal, tampouco se aplicam aos delitos militares próprios e políticos. Perceba-se que a legislação penal se limita a não abranger para efeitos de reincidência os crimes militares próprios, excluindo-se de tal previsão os crimes militares impróprios, motivo pelo qual se faz necessária diferenciação entre tais delitos.

Os crimes militares próprios são os delitos que só podem ser cometidos por um militar, por sua própria condição, os quais, se realizados por pessoa que não seja militar, são atípicos. Já no que diz respeito aos crimes militares impróprios tem-se que são aqueles em que há comprometimento de bens jurídicos militares e não militares, ou seja, se cometidos por um militar, são mais ou menos graves, mas que, se fosse praticado por um não militar, continuariam a ser, igualmente, típicos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 721).

Note-se que, pelo fato de o instituto da reincidência ser limitado no tempo, o chamado “criminoso primário” não diz respeito somente àquele que foi condenado pela primeira vez, mas também ao criminoso que foi condenado diversas vezes, sem se caracterizar, porém, a reincidência (PIRES, 2013).

Tal situação dá azo à possibilidade de diferenciação, mesmo que não adotada pelo Código Penal, entre o réu que nunca sofreu condenação criminal (primário) e aquele que não pode ser considerado reincidente, mas se mostra ostentador de maus antecedentes (tecnicamente primário), isto é, é encaixado como tecnicamente primário “o indivíduo que comete novo delito após o prazo prescricional da reincidência, isto é, passado o quinquênio do trânsito em julgado da sentença condenatória criminal precedente” (ALMEIDA, 2012, p. 66-67).

Frise-se que, para efeitos penais, não há diferenciação pelo Código Penal entre um

indivíduo primário e um tecnicamente primário, já que a legislação criminal adotou pura e simplesmente o binarismo primariedade-reincidência como critério para determinar o agravamento ou não da situação do réu.

Ainda no que diz respeito à reincidência criminal, pode-se diferenciá-la no que diz respeito à relação entre os crimes cometidos pelo indivíduo reincidente. Quando os crimes praticados pelo agente são de espécies diferentes, diz-se que se trata de reincidência genérica (CUNHA, 2016, p. 425); já quando os crimes praticados pelo agente não da mesma espécie, diz-se que o autor é reincidente específico (CUNHA, 2016, p. 425).

Como regra geral, o Código Penal afastou a diferenciação entre a reincidência genérica e a específica, sendo suficiente a prática de um crime anterior, independentemente de suas características, podendo ser ou não idêntico ou ter o mesmo bem juridicamente protegido pelo crime posterior, praticado após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por outro lado, por exemplo, ao tratar do livramento condicional, o Código Penal exige em seu artigo 83, inciso V, para sua concessão, que fossem cumpridos mais de dois terços da pena, “nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza” (BRASIL, 1940), excepcionando-se a regra geral (GRECO, 2009, p. 150).

É digno de lembrança o disposto no artigo 44, § 3º, do Código Penal ao determinar que se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição de pena privativa de liberdade por pena privativa de direitos, “desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Quanto aos efeitos da reincidência, pode-se mencionar a existência de uma agravante que prepondera sobre outras circunstâncias legais, uma vez que, conforme dispõe o artigo 67 do Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve “aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Além disso, a reincidência tem o condão de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (arts. 44, II, e 60, § 2.º, CP), bem como o início do cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto, interrompe a prescrição (art. 117, VI, do CP), impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, II, do CP), pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do CP) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 721) etc.

2.1 Influências teóricas para a implementação do instituto da reincidência criminal no ordenamento jurídico brasileiro

A reincidência criminal, por se expressar como um instituto que busca considerar a personalidade, o modo de ser ou a conduta de vida do réu, em uma concepção demasiadamente subjetivista (ALMEIDA, 2012, p. 102), pode ser relacionada a um modelo punitivo originado e amplamente utilizado durante a Idade Média durante a Santa Inquisição: o modelo inquisitorial. Tal modelo consistia na confusão entre o Direito e a moral, permitindo discriminações subjetivas e incontroladas invasões à esfera de liberdade dos indivíduos.

Diante do surgimento das ideias reformistas e científicas que poderiam abalar sua hegemonia ideológica na Europa, a Igreja lançou mão do modelo inquisitorial para perseguir “hereges”, em nome de uma suposta proteção ao cristianismo. Tal método demonstrou-se altamente efetivo quanto ao seu objetivo, uma vez que, ao apontar a personalidade e conduta de vida como pressupostos para o castigo, desarmou-se qualquer possibilidade de defesa, dando origem ao direito penal do autor (ALMEIDA, 2012, p. 88-89).

Todavia, cabe destacar, não só a Igreja Católica lançou mão de tal modelo substancialista, sendo possível identificá-lo em diversos ordenamentos jurídicos do século XX, como a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de Stalin, a Alemanha nacional-socialista, do líder nazista Adolf Hitler, sem prejuízo da ditadura franquista desenvolvida na Espanha. O sistema inquisitorial demonstrava-se eficiente para suas finalidades ao buscar castigar indivíduos por conta de sua personalidade, ideais ou modo de vida, possibilitando-se indicações imprecisas que permitiam a adoção de interpretações *in dubio contra reum* (ALMEIDA, 2012, p. 89).

Perceba-se que a eficiência do método inquisitorial é obtida em detrimento de garantias indispensáveis à liberdade do ser humano, uma vez restando a moral diretamente comprometida com o Direito Penal, o que prejudicaria a defesa do acusado e facilitaria o encarceramento, por se tratar de acusações imateriais, impassíveis de comprovação concretas pela defesa do acusado.

Nesse sentido, mostra-se completamente pertinente a abordagem acerca do princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, o qual preconiza a impossibilidade de o Direito Penal defender valores meramente morais, éticos ou religiosos, uma vez que sua existência deve ser justificada pela defesa aos bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento social. De tal sorte, notável se mostra a limitação trazida pelo princípio em comento aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal (BITENCOURT, 2016, p. 63).

Ao punir um indivíduo por sua forma de viver, seus pensamentos e personalidade, o modelo inquisitorial afronta fortemente o princípio em comento, ainda mais por ser caracterizado pela confusão entre o Direito Penal e a moral. De tal sorte, o modelo inquisitorial vai

completamente pela contramão do Direito Penal moderno, que é baseado única e exclusivamente na proteção ao bem jurídico, visando a resguardar direitos fundamentais ligados à liberdade do ser humano ao não criminalizar ideias, pensamentos ou modos de viver. Sobre o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos como decorrência dos valores tutelados pela Constituição Federal, José Aires de Assis Neto discorre:

Apesar de não presente explicitamente no texto constitucional, a exclusiva proteção dos bens jurídicos se depreende do jogo de liberdades ali proposto. De maneira geral, esta nova forma de enxergar a Constituição em contraponto ao direito penal tem como característica marcante a valorização da força normativa dos princípios, que tomam o lugar de parâmetros de interpretação e aplicação do direito, em conjunto com as regras jurídicas. Assim sendo, admitir que exista a possibilidade de haver crime que seja apenas fruto de uma orientação normativa do Estado, sem que haja substrato material em um bem jurídico é permitir que se volte a uma nova fase de terror. A função do ente público não é estabelecer um padrão de comportamento moral a partir de valores por ele eleitos, mas tão-somente proteger o indivíduo contra a agressão dos bens jurídicos que titularizam, ainda que junto de outros membros da comunidade, quando forem de interesse difuso (ASSIS NETO, 2016).

Pelo raciocínio trazido pelo eminente jurista, percebe-se que a ideia de um sistema voltado à punição de fatos completamente internos ao ser humano, subjetivando absolutamente o Direito Penal, sem preocupação com o fato de tal ato não atingir qualquer bem jurídico que necessite ser protegido, vai completamente de encontro à ideia de um Direito Penal moderno, baseado na proteção dos bens jurídicos e, principalmente, vai na contramão do sistema garantista, o qual é explicitamente delineado pelos princípios da Constituição Federal.

Por decorrer do sistema inquisitório, buscando agravar a situação de indivíduos por sua forma de vida e personalidade, o instituto da reincidência, conseqüentemente, revela-se incompatível com os preceitos axiológicos garantistas, uma vez alicerçado em uma concepção substancialista que considera a personalidade, o modo de ser ou a conduta de vida para a punição do agente. “Ao invadir a conduta interna do autor, a referida circunstância agravante demonstra-se adequada ao modelo inquisitorial e contrária ao sistema acusatório, surrupiando as garantias fundamentais” (ALMEIDA, 2012, p. 102).

Como decorrência da adoção do modelo inquisitorial, pode-se citar a ascensão do direito penal do autor, que pode ser definido como o sistema em que não se proíbe o ato delitivo em si, mas sim o ato como uma manifestação da forma de ser do agente, esta sim sendo considerada verdadeiramente delitiva. O ato delitivo, portanto, seria apenas decorrência da personalidade do autor. A personalidade ou o modo de agir do autor seriam reprováveis, perigosos e proibidos, e não o fato criminoso em si.

Em suma, seria como não se condenar tanto o furto, mas reprová-lo forte mente o “ser ladrão” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 107). Tal forma de punição não se enquadra na concepção do Direito Penal moderno, o qual se baseia no direito penal do fato, buscando reprová-lo e

punir atos considerados perigosos à sociedade, e não os julgar como decorrência da personalidade de quem os pratica, sob pena de violar o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. No que diz respeito à sanção penal como resposta ao fato praticado, tem-se:

Direito penal do fato é a regulação legal que visa punir alguém por ter cometido um fato, tipificado como infração penal; e, este fato típico se relacione apenas com a conduta do agente e não com elementos ligados à personalidade ou modo de vida do autor do fato típico. Claus Roxin define direito penal de fato por uma “(...) regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente (...) e a sanção representa só a resposta do fato individual, e não a toda condução da vida do autor e os perigos que no futuro se esperam do mesmo” (ROXIN *apud* NOLLI; CHAVES JUNIOR, 2012).

A reincidência criminal busca ligar o fato de o indivíduo continuar a delinquir mesmo após o cumprimento da pena a uma periculosidade presumida do réu, partindo do princípio de que o reincidente é incapaz de autodeterminação, de conter sua personalidade criminosa e, por esse motivo, destina-se à delinquência habitual, motivo pelo qual o pune mais gravemente. Ocorre que o Direito Penal que parte de uma concepção que considera o ser humano incapaz de autodeterminação só pode ser um direito penal do autor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 107).

Com efeito, o legislador presume que a reincidência explicita uma maior periculosidade do réu, que passa a ser entendido como um indivíduo com maior possibilidade de cometer um delito. Ocorre, todavia, que a periculosidade constitui um juízo fático e, por conseguinte, jamais poderia ser presumida *juris et jure* (presunção absoluta, que não admite prova em contrário), uma vez que “se assim fosse estabeleceria a presença de um fato quando o fato não existe, e isso, na ciência jurídica, não se denomina ‘presunção’ e sim ‘ficção’” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 717).

É de se pontuar, também, a impossibilidade de se presumir “ser mais provável que venha a praticar um delito de emissão de cheque sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo com o seu veículo, do que aquele que nada fez até então” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 717). Tal argumento se fortalece no fato de que não se leva em consideração para fins de reincidência, em regra, se o crime anterior foi cometido a título de dolo ou culpa.

Além disso, verifica-se que a aplicação do instituto da reincidência guarda resquícios da teoria lombrosiana do criminoso nato, presumindo-se a periculosidade do reincidente e fixando a pena necessária para sua recuperação, com nítida influência na Escola Positivista, a qual é flagrantemente incompatível com os princípios de um direito penal de garantias (NOLLI; CHAVES JUNIOR, 2012).

Por fim, a adoção do instituto da reincidência criminal pelo Direito brasileiro pode ser relacionada à influência do Direito Penal Máximo no ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se definir tal doutrina como a ideia de que a solução para os males da sociedade apenas seria possível por meio do Direito Penal, adotando-se, para tanto, o punitivismo e, conseqüentemente, impondo-se

extremo rigor no tratamento de todas as infrações indistintamente, sendo elas bagatelares ou de máxima ofensividade (KAZMIERCZAK, 2010, p. 71).

Em tal sistema, a materialidade e a lesividade dos delitos são irrelevantes para a punição do agente, bastando que haja desrespeito à letra fria da lei para que a punição, severa, do Estado ocorra, não havendo espaço para a aplicação de princípios penais que impeçam o abuso de poder estatal no exercício de seu *jus puniendi* (KAZMIERCZAK, 2010, p. 78). Acerca das finalidades do Direito Penal Máximo e da aplicação dos princípios penais basilares em tal sistema, Luiz Fernando Kazmierczak discorre:

[...] O discurso do Direito Penal Máximo é de que nenhum culpado fique impune. Persegue a repressão de toda e qualquer conduta que viole o aspecto formal da lei. Busca-se a todo instante o castigo, sem tolerância nenhuma. Não há aqui espaço para aplicação de princípios ou se é necessária aquela aplicação, basta o desrespeito a letra fria da lei, ou seja, a desobediência meramente formal (KAZMIERCZAK, 2010, p. 78).

Conclui-se diante do exposto pelo autor que, pelo fato de a materialidade e a lesividade dos delitos serem irrelevantes, bem como por conta da mitigação de outros princípios fundamentais para a devida aplicação da norma penal, a ideia do Direito Penal Máximo deve ser rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez flagrantemente conflitante com o sistema garantista instituído pela Constituição Federal de 1988.

Diante de todo exposto no presente capítulo, percebe-se que ambos os sistemas influenciadores e relacionados ao instituto da reincidência são insofismavelmente incompatíveis com o sistema garantista e, portanto, com a Carta Magna, ora desrespeitando princípios penais radicados na dignidade da pessoa humana, como o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, ora mitigando os princípios basilares da teoria do Garantismo Penal, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. De tal sorte, a situação mencionada dá sólidos indícios no sentido da incompatibilidade do instituto da reincidência criminal em relação a os princípios da Constituição Federal, o que buscará se demonstrar no decorrer da próxima seção.

2.2 O zênite do instituto da reincidência criminal no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América

Apesar de o presente capítulo ter como finalidade a abordagem do instituto da reincidência criminal aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro, faz-se relevante trazer à baila a discussão acerca da forma com que tal instituto tem sido aplicado em alguns Estados dos Estados Unidos da América, uma vez que a aplicação de tal instituto no ordenamento jurídico norte-americano traduz-se no apogeu da reincidência criminal no que diz respeito às suas finalidades: encarcerar e punir de forma mais gravosa e desproporcional indivíduos por conta de seu modo de vida, independente da

gravidade dos crimes cometidos anteriormente.

Por representar a situação ideal do instituto da reincidência criminal, a Three Strikes Law deve ser abordada para que seja possível maior reflexão acerca da real finalidade da reincidência criminal no próprio ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante o fato de a reincidência criminal no ordenamento jurídico brasileiro não culminar exatamente nas consequências da Three Strikes Law, deve-se levar em consideração que a mencionada lei é a feição final da reincidência criminal, sendo possível argumentar no sentido de tal regra ser sua faceta sem maquiagens, sem mitigações. Por ser a verdadeira face da reincidência criminal, torna-se necessária a abordagem da lei dos Três Strikes por esta pesquisa.

A Three Strikes Law é uma lei aplicada em alguns estados dos EUA, tendo em seu nome uma alusão ao beisebol, esporte no qual há a expulsão do jogador no cometimento da terceira falta. Claramente influenciada pela teoria do Direito Penal Máximo, pode ser definida como uma lei cujo nome foi submetido a um processo de marketing a fim de provocar empatia e justificar suas práticas punitivas.

Orientada pelo sistema da perpetuidade da reincidência (o qual, conforme já mencionado por esta pesquisa, não é mais aplicado ao Direito Penal brasileiro), a lei dos Três Strikes é adotada por mais de vinte e quatro Estados dos EUA e estabelece penas gradativas, de acordo com o número de condenações sofridas pelo indivíduo (ALMEIDA, 2010).

Por exemplo, no modelo adotado pelo estado da Califórnia, o réu que possuir em seu registro um crime, previsto no rol dos *strikes*, cometido anteriormente (strike one) e vier a cometer outro delito de qualquer natureza, ou seja, independente de integrar o rol supracitado (e, frise-se, em qualquer tempo, já que o sistema é regido pela perpetuidade dos reincidentes), será condenado ao dobro da pena prevista em abstrato pelo tipo penal em que incidir, sendo-lhe obrigatório o cumprimento de 85% da pena imposta pelo juiz para que lhe seja possível a concessão de livramento condicional.

Já no caso de existência de duas condenações por *strikes* (strike two), a pena a ser imposta pelo juiz ao réu em caso de terceira infração será de 25 anos a prisão perpétua, independentemente de integrar o rol de crimes previstos como *strikes* (ALMEIDA, 2010). Como mencionado, os crimes só podem ser considerados como *strikes* se constantes no rol estabelecido para tal, variando tais previsões de Estado para Estado. É comum que restem apontados como *strikes* os crimes considerados mais gravosos, como o homicídio, o estupro e o roubo. Há Estados, como a Flórida, porém, que preveem como *strikes* a fuga do encarcerado.

Com os previsíveis questionamentos acerca de sua constitucionalidade, uma vez verificada a nítida desproporcionalidade entre os crimes cometidos e as penas sendo aplicadas aos réus, a

Suprema Corte americana foi instada a se manifestar acerca da Lei dos Três Strikes, decidindo, em uma apertada decisão, pela constitucionalidade da lei sob análise, uma vez não sendo verificada pela tese vencedora desproporcionalidade entre os crimes e as penas aplicadas, já que “primavam pela proteção da sociedade frente ao indivíduo indisciplinado que, ao reiterar na atividade criminosa, evidenciou uma personalidade perigosa propensa a delinquir” (ALMEIDA, 2010).

Ao decidir pela compatibilidade constitucional da Lei dos Três Strikes, a Suprema Corte norte-americana aceita comprometer a democracia substancial em favor do punitivismo do Direito Penal Máximo, adotando nitidamente o direito penal do autor ao permitir a perseguição, a punição desproporcional e o agravamento da situação dos indivíduos considerados (perpetuamente) reincidentes perante o Direito Penal americano.

Ao conferir guarida à aplicação da regra dos três strikes, o órgão jurisdicional máximo do ordenamento jurídico norte-americano conduz o Direito Penal a verdadeiras discrepâncias, tais “como o apenamento mais severo àquele que cometeu três crimes pequenos sem violência ou sem gravidade frente a outro que cometeu somente um delito, mas deveras violento” (ALMEIDA, 2010). Tal discussão acerca da Three Strikes Law permite perceber como, não só no Brasil, permite-se a mitigação de princípios penais basilares a fim de que se possa saciar o desejo de punição gerado pelo Direito Penal Máximo, sem que se observe devidamente os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos do Estado.

3 PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS E A REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Apesar de o capítulo anterior trazer indícios no sentido da inaplicabilidade do instituto da reincidência criminal por incompatibilidade vertical com a Constituição, deve-se confirmar tal teoria, confrontando tal instituto com princípios penais trazidos pela Carta Magna. O princípio da proporcionalidade é aplicado não somente ao Direito Penal, mas utilizado também em conflito entre direitos fundamentais e, ainda, tem como função de controlar os atos do Poder Público, buscando coibir excessos de intervenção a esfera dos direitos dos cidadãos, servindo, inclusive, de critério para aferição da legitimidade constitucional dos atos legislativos e decisões judiciais (SARLET, 2016, p. 219).

No Direito Penal, no entanto, o princípio da proporcionalidade foi trazido pelo criminalista Cesare Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, fundadora da Escola Clássica de Criminologia, oportunidade em que o autor preconiza a necessidade de existir uma proporção entre os delitos e as penas (BECCARIA, 1999, p. 37). Tal princípio evoluiu no decorrer dos anos e, além de determinar a necessidade de existir proporcionalidade entre o delito cometido e a pena cominada concretamente pelo julgador, preconiza que a pena não pode ser superior ao grau de

responsabilidade do autor pela prática do crime.

Isso significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do agente, sendo decorrência de tal situação o fato de a culpabilidade ser considerada a medida da pena (JESUS, 2011, p. 53). Tendo isso em mente, o fato de a reincidência criminal ser uma agravante que não constitui ou qualifica o delito em si, já que o fato de o réu ser reincidente não ofende por si só qualquer bem jurídico tutelado pela norma penal (ALMEIDA, 2012, p. 145), afronta o princípio da proporcionalidade, uma vez que a pena cominada gozará de maior rigor punitivo pelo fato de o réu ser reincidente, e não levando em conta a proporcionalidade entre o delito cometido e a pena.

O princípio da culpabilidade pode ser resumido na máxima *nulla poena sine culpa* (não há pena sem culpa), determinando que a pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e ilícito. O juízo de reprovabilidade é realizado pelo julgador, recaindo sobre o sujeito que, sendo imputável, podendo agir de maneira diversa e tendo condições de deter o conhecimento sobre a ilicitude do fato, comete um ato tipificado pela norma penal e com conteúdo de crime.

Tal juízo serve de fundamento e medida da pena a ser imposta, repudiando a responsabilidade penal objetiva (ausência de dolo, culpa e culpabilidade) (JESUS, 2011, p. 53). Além disso, frise-se que a aferição da culpabilidade deve considerar o ato punível praticado e o dano decorrente, e não a personalidade e modo de vida do autor.

Tendo em vista o conteúdo do princípio da culpabilidade, percebe-se que o fato de a resposta penal, em observância ao instituto da reincidência criminal, levar em consideração a vida pregressa do agente impede que somente a culpabilidade do autor pelo fato punível seja levada em consideração no que diz respeito à dosimetria da pena a ser aplicada (ALMEIDA, 2012, p. 143).

O princípio da culpabilidade, como limitador do poder repressivo estatal, exige que a aferição de culpabilidade considere apenas o ato punível praticado e seu dano decorrente, inadmitindo a punição por conta da personalidade, do modo de ser ou da conduta pregressa da vida do agente (ALMEIDA, 2012, p. 143). Portanto, por levar em consideração a personalidade e a conduta de vida do réu no que diz respeito ao tratamento penal a lhe ser despendido, o instituto da reincidência criminal mostra-se flagrantemente incompatível com o princípio da culpabilidade, uma vez que gera penas desproporcionais à culpabilidade do agente no delito cometido.

Como já abordado por este trabalho, o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico impede que o Direito Penal se preocupe com as intenções, personalidade, pensamentos, ideologias ou modo de viver de um indivíduo, uma vez que não pode se destinar a tutelar questões de ordem moral, ideológica, religiosa, política ou semelhantes. Isso porque, em sua concepção moderna, o Direito Penal é o Direito do bem jurídico, visando apenas à proteção de tais bens fundamentais,

tendo em sua finalidade a preservação e o desenvolvimento do indivíduo em seu meio social.

Tal princípio, conforme já discutido, vai de encontro ao sistema inquisitório e o direito penal do autor, já que estes têm como ponto de partida a punição do fato como mera prerrogativa para o castigo do indivíduo por conta de seu modo de vida ou personalidade. Por ter suas origens em tais sistemas, o instituto da reincidência penal, conforme se demonstrará, guarda fortes incompatibilidades com o princípio penal em comento.

É certo que a finalidade do instituto da reincidência penal é a punição mais severa sobre aqueles que continuam a delinquir após seu cumprimento de pena, uma vez que, para o Estado, não há benefícios em existirem delinquentes habituais em seu território. Todavia, o fato de um indivíduo delinquir constantemente não viola, por si só, qualquer bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. A propensão a delinquir, por si só, não é capaz de ser enquadrada formal ou materialmente como uma ação criminosa.

Apesar disso, o Estado brasileiro busca inibir a continuidade delitiva daqueles que já foram condenados anteriormente agravando sua situação perante o Direito Penal. Ocorre que, apesar de ser moralmente reprovável o modo de vida levado por tais indivíduos, não há embasamento jurídico para que sejam punidos por esse motivo. A moral não pode, de modo algum, ser tutelada pelo Direito Penal, sob pena de este ter violada sua finalidade de existir, qual seja, a função de proteção aos bens jurídicos.

Por isso, ao adotar o instituto da reincidência criminal em sua legislação penal, o ordenamento jurídico brasileiro desacata o conteúdo do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, punindo os indivíduos considerados reincidentes a fim de satisfazer a consciência coletiva dos cidadãos. Os réus reincidentes devem ser punidos única e exclusivamente na medida de sua culpabilidade, e não por continuarem a delinquir e “não terem absorvido o propósito da pena” anteriormente aplicada.

Por fim, pelo que preconiza o princípio do *ne bis in idem*, o qual deriva dos princípios da proporcionalidade e da legalidade, um indivíduo não pode ser condenado ou punido duas vezes pelo mesmo fato. Com efeito, o princípio em comento tem como finalidade impedir a dupla valoração fática na punição, seja na apreciação de um mesmo elemento em várias fases da dosimetria da pena ou na consideração de um fato pretérito já condenado (ALMEIDA, 2012, p. 140).

Ou seja, com a condenação do réu pelo cometimento de um ato criminoso, não pode existir qualquer outra tentativa pelo Estado, por meio do *jus puniendi*, de punição para o ato pelo qual o réu foi condenado. Como comentado, tal princípio é aplicado também na dosimetria da pena, como no caso em que o STJ se posicionou, por meio da Súmula 241, no sentido de a reincidência penal não poder ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância

judicial, sob pena de dupla valoração (STJ, 2000). Acerca do princípio do *ne bis in idem* e sua violação pelo instituto da reincidência criminal, o jurista Paulo Queiroz argumenta:

Também em razão do princípio da proporcionalidade (e legalidade), é vedado o *bis in idem*, isto é, dupla valoração do mesmo fato jurídico, de modo a criminalizar o mesmo fato ou agravar a pena. Semelhante princípio proíbe, portanto, a duplicidade de sanções para o mesmo sujeito, por um mesmo fato e por sanções que tenham um mesmo fundamento, isto é, que tutelem um mesmo bem jurídico. O legislador, porém, não raro o viola claramente. Exemplo disso é a adoção do instituto da reincidência (CP, arts. 61, I, e 63), uma vez que, ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito precedente, está-se em verdade valorando e punindo uma segunda vez a infração anteriormente praticada [...] (QUEIROZ, 2008, p. 49-50).

Quando um indivíduo é condenado por um crime e é devidamente punido, sua “dívida” perante o Estado deve ser plenamente adimplida, uma vez tendo sido cumprido o determinado em sentença penal condenatória. Se, ao voltar a delinquir, o indivíduo sofre pelo julgador um agravamento de pena devido ao crime pelo qual foi condenado e punido, por força do disposto no artigo 67 do Código Penal brasileiro, há nitidamente uma sobreposição ao crime anteriormente cometido.

Em outras palavras, pune-se a nova conduta cometida pelo indivíduo não levando em consideração somente sua culpabilidade e as consequências de seus atos, mas também sendo observada a conduta pela qual o indivíduo foi condenado e punido previamente pelo Estado. De tal sorte, quando, ao voltar a delinquir, o réu tem sua pena agravada pelo fato de existir uma condenação anterior, o indivíduo sofre uma dupla punição pela conduta anterior, afrontando acintosamente o princípio penal do *ne bis in idem* (PIRES, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a abordagem acerca das teorias influenciadoras da adesão do instituto da reincidência criminal pelo Direito Penal brasileiro, pôde-se perceber que sua legitimidade perante a ordem constitucional brasileira resta completamente prejudicada, por contrariar decisivamente os princípios penais consagrados pela Constituição Federal.

Apesar de o Direito Penal Máximo ainda se encontrar enraizado, de certa forma, ao Direito brasileiro, sua incompatibilidade é flagrante com as finalidades do sistema penal garantista instituído e, por mitigar direitos e garantias fundamentais ligados ao exercício da persecução penal por meio do devido processo legal, resta tal teoria inaplicável frente aos princípios penais constitucionais brasileiros. No que diz respeito ao sistema inquisitorial e ao direito penal do autor, o presente estudo buscou comprovar sua incompatibilidade frente ao sistema penal brasileiro pelo fato de afrontar flagrantemente o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, um dos alicerces do Direito Penal moderno.

Por estar diretamente relacionado ao sistema inquisitorial, ao direito penal do autor e à teoria do Direito Penal Máximo, a reincidência criminal guarda eminentes semelhanças em relação aos sistemas mencionados, principalmente no que diz respeito às suas finalidades, uma vez que seu objetivo final é a punição exacerbada pelo Estado ao indivíduo que não se amolda ao tipo ideal desejado pelo Estado.

A punição estatal por meio da reincidência criminal se dá por meio da confusão entre a moral e o Direito, assim como no sistema inquisitorial, buscando agravar a situação do indivíduo considerado reincidente perante o Direito Penal, lançando mão de uma presunção *juris et jure* de periculosidade sobre o réu, independente do crime progressivo que tenha ele cometido.

Tal presunção de periculosidade demonstra ser uma forma de estereótipo lançado sobre o agente, visando a punir atos delitivos como mera decorrência da características de quem os cometeu, agravando a situação dos reincidentes e punindo-os mais severamente por sua personalidade e modo de viver. Não se defende aqui a impunidade aos reincidentes, mas sim um julgamento baseado na culpabilidade e na proporcionalidade, devendo ser aplicada a pena na medida de sua culpabilidade diante dos atos cometidos, e não baseando-se em sua vida progressiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência Criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas**. Curitiba: Juruá, 2012. 182 p.

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Three Strikes and You're Out: a vitimização da democracia substancial na cruzada contra a reincidência criminal**. Boletim IBCCRIM, ano 18, n. 213, p. 13, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

ASSIS NETO, José Aires de. **O Bem Jurídico como Critério de Limitação do *jus puniendi***. 92 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, 2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 149 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 964 p.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 20 fev. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral – Introdução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 313 p.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009. 1040 p.

JESUS. Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 801 p.

KAZMIERCZAK. Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e Exclusão Social**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. 175 p.

MINHOTO, Laurindo Dias. **As prisões do Mercado**. Revista Lua Nova, n. 55-56, p. 133-154, 2002.

NOLLI, Halison Tharley; CHAVES JUNIOR, Airto. **A (In)Constitucionalidade material do instituto da Reincidência Fundamentada no Direito Penal do Autor**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica, v. 3, n. 4, p. 1416-1438, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 1373 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1182 p.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. 661 p.

PIRES, Leticia Vargas. **Avaliação da Agravante de Reincidência: seus efeitos e (in)constitucionalidade**. 90 f. Monografia (Graduação) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 451 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. 739 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

STJ. **Habeas Corpus**: HC 108.564. SP. Relator: Felix Fischer, Data de Julgamento: 23/03/2009.

STJ. **Súmula**: Súmula 451. Corte Especial. Data do Julgamento: 02/06/2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 737 p.

AS TÉCNICAS DE NEUTRALIZAÇÃO E A RESISTÊNCIA AS MEDIDAS SANITÁRIAS DE SEGURANÇA FRENTE A PANDEMIA POR COVID-19

Guilherme Lozano de MORAES¹

RESUMO

Tendo como ponto de partida o modelo criminológico das Técnicas de Neutralização, elaboradas por Matza e Sykes, através da análise da internalização de justificativas que reduzem o âmbito de incidência do controle social existente sobre o propenso desviante, tem-se como objetivo de pesquisa a análise do emprego de racionalizações dirigidas a resistência a adesão satisfatória das medidas sanitárias de segurança, frente a declaração de pandemia por COVID-19, como forma de explicar a etiologia do desvio e explorar suas danosas consequências, em vistas de dados oficiais das condições de contágio na realidade brasileira. A pesquisa se baseia na exploração qualitativa das fontes coletadas, bem como pela análise documental e base de dados selecionada, com a aplicação do método hipotético-dedutivo, através da formulação de hipóteses dispostas a um processo de falseamento. Através do emprego da metodologia, a pesquisa investigou os mecanismos de justificação aprendidos, mediante um processo de interação social, além de sua internalização individual, passando atuar como fator de peso na tomada de decisões comportamentais dirigidas a prática delitativa. A partir dos resultados coletados, pode-se concluir que as Técnicas de Neutralização se fazem presentes na origem do comportamento desviante, em sistema normativos não necessariamente penais, o que propicia a explicação do fenômeno do desvio através do modelo criminológico da escola etiológica social-estrutural, bem como permite uma análise crítica sobre os controles sociais incidentes, em vistas de evitar a perpetuação de efeitos danosos, principalmente no cenário atípico de pandemia por COVID-19.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia Social-Estrutural. Técnicas de Neutralização. COVID-19.

ABSTRACT

Taking as a starting point the criminological model of the Neutralization Techniques, developed by Matza and Sykes, through the analysis of the internalization of justifications that reduce the scope of incidence of the existing social control over the deviant propensity, the research objective is the analysis the use of rationalizations aimed at resistance to satisfactory adherence to sanitary safety measures, in the face of the pandemic declaration by COVID-19, as a way of explaining the etiology of the deviation and exploring its harmful consequences, in view of official data on the conditions of contagion in the Brazilian reality. The research is based on the qualitative exploration of the collected sources, as well as on the document analysis and selected database, with the application of the hypothetical-deductive method, through the formulation of hypotheses willing to a falsification process. Through the use of methodology, the research investigated the mechanisms of justification learned, through a process of social interaction, in addition to their individual internalization, starting to act as a major factor in making behavioral decisions directed at criminal practice. From the results collected, it can be concluded that the Neutralization Techniques are present in the origin of deviant behavior, in normative systems not necessarily penal, which provides the explanation of the phenomenon of deviation through the criminological model of the social-structural etiological school , as well as allowing a critical analysis of the incident social controls, in order to avoid the perpetuation of harmful effects, mainly in the atypical pandemic

1 Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale (FALEG); Pós-graduando em Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia pela instituição PROJURIS Ensinos Jurídicos; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO). Advogado desde 2019, atuante na área do Direito Penal e demais segmentos do Direito Público, além de atuar no Direito de Família e Direito Obrigacional.

scenario by COVID-19.

KEYWORDS: Social-Structural Criminology. Neutralization Techniques. COVID-19.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde o salto científico proporcionado pela escola positivista italiana, a criminologia pode ser definida como uma ciência autônoma, que tem por enfoque a investigação sobre o crime, o criminoso, a vítima e o controle social exercido sobre a conduta desviante, fundando seus entendimentos através do auxílio de diversas ciências extrajurídicas, como a psicologia, sociologia e biologia. Trata-se, pois, de uma ciência empírica e interdisciplinar, pautada pelo método dedutivo, em que a observação de fenômenos afetos ao desvio supera a especulação, agregando cientificidade as conclusões extraídas das inúmeras indagações sobre o crime. Dado a seu caráter científico, a criminologia já se propôs a investigar e explicar o fenômeno criminoso através de óticas distintas, desde causas biológicas presentes nos criminosos, até condições psicológicas e aspectos sociais em suas mais diversas concepções.

Dentre as inúmeras correntes criminológicas até então existentes, interessa ao presente trabalho a concepção etiológica social-estrutural, que perpassa pelo entendimento da origem do comportamento desviante, através das construções da teoria da associação diferencial (SUTHERLAND, 1939), que se pauta no aprendizado de práticas desviantes sob uma lógica de reprodução de comportamentos, e pela teoria da subcultura delinquente (COHEN, 1955), que trabalha a questão de formação de grupos de delinquentes juvenis contrários ao sistema normativo preponderante, para culminar, enfim, na teoria das técnicas de neutralização (MATZA e SYKES, 1956), a qual parte de uma correção a doutrina da subcultura delinquente e encerra-se no estabelecimento de técnicas de racionalização na tentativa de definir a etiologia da conduta desviante.

As técnicas de neutralização (*techniques of neutralization*), desenvolvidas por David Matza e Grasham Sykes no teor da obra intitulada originalmente por “*Techniques of neutralization: A theory of delinquency*” (1957), as quais derivam dos estudos elaborados por Edwin Sutherland na obra “*Differential Association*” (1939), que confere aos autores a visão de que o desvio é resultado de um processo de aprendizagem e não de uma questão de corpo e mente, todavia, com um enfoque distinto, já que não se preocupam estritamente com o processo de aprendizagem, mas com o conteúdo transmitido através da interação, buscam investigar o comportamento desviante desenvolvido mediante o emprego de racionalizações comportamentais, que justificam, para o desviante, a prática criminosa, sem que lhe cause danos a sua autoimagem (MATZA e SYKES,

1957).

Referidas técnicas, as quais serão devidamente aprofundadas no momento oportuno, podem ser definidas como negação da responsabilidade, negação do dano, negação da vítima, condenação dos condenadores e apelo a lealdades maiores.

Matza e Sykes originalmente expuseram as técnicas de neutralização como explicação alternativa a teoria da subcultura delinquente elaborada por Albert K. Cohen (1955), porém, com brilhante acerto, disponibilizam suas elaborações ao aprofundamento acadêmico, de modo que, desde sua origem, seu âmbito de incidência não se restringe a criminalidade juvenil, mas a uma generalidade de desvios dos sistemas normativos em análise (MATZA e SYKES, 1957), não necessariamente afetos estritamente a dogmática do Direito Penal.

Na busca de transportar as técnicas de neutralização para a atualidade, o presente trabalho se propõe a analisar o emprego de racionalizações destinadas a justificar a resistência à adesão satisfatória das medidas sanitárias de segurança para a prevenção e combate ao COVID-19, em especial o respeito ao distanciamento social, aderência a quarentena e uso de máscaras em locais externos. A adesão adequada às medidas sanitárias é imprescindível para a redução do contágio e, conseqüentemente, para a diminuição dos números de infectados em casos graves ou mortos, todavia, por evidente, o respeito a tais medidas importa na assunção de deveres a toda a coletividade, com a necessária mitigação a plena liberdade de locomoção, o que enfrenta considerável resistência social.

A edição de atos normativos pelo Poder Público, no sentido de destacar a necessidade do cumprimento das medidas sanitárias, inclusive com a aplicação de sanções penais ou extrapenais, são indicativos palpáveis da resistência a adesão satisfatória dos métodos preventivos ao contágio, o que é corroborado pelos baixos índices de aderência ao isolamento e o crescimento exponencial de novos casos de contaminação (BRASIL, 2020). A necessidade premente de retorno à normalidade cria campo fértil para o emprego de técnicas de neutralização, no sentido de justificar o descumprimento das medidas sanitárias, seja através da negação da responsabilidade, negação do dano, negação da vítima, condenação dos condenadores ou apelo a liberdades maiores.

Partindo do objetivo do presente trabalho de investigar o emprego das técnicas de neutralização e a resistência à adesão satisfatória das medidas sanitárias de segurança, pretende-se a obtenção de resultados científicos através do desempenho de técnicas descritivas e explicativas, no propósito de sedimentar conceitos e demonstrar sua pertinência e viabilidade, em que se propõe uma abordagem qualitativa das fontes coletadas através da revisão bibliográfica e análise documental, mediante o emprego do método hipotético-dedutivo, com a formulação de hipóteses de pesquisa sobre o objetivo proposto, as quais serão submetidas a um processo de falseamento, com a

finalidade de apurar sua sustentação científica (POPPER, 1993).

Através do emprego da metodologia científica, espera-se ao final da atual pesquisa, demonstrar a incidência socialmente difundida das técnicas de neutralização, no sentido de abrandar a presença do controle social sobre o corpo comunitário, na intenção de expor as tentativas de racionalizar e justificar comportamentos desviantes as determinações de segurança frente à pandemia por COVID-19, mesmo quando em um sistema não puramente penal, mas com reflexos muito mais incidentes na ordem patrimonial e social, diante do contexto excepcional imposto pela caracterização de propagação pandêmica de coronavírus, que é traduzido na necessária mitigação a determinadas garantias fundamentais em favor do bem estar coletivo.

2 AS TÉCNICAS DE NEUTRALIZAÇÃO E A ETIOLOGIA DO DESVIO

A publicação do artigo originalmente intitulado “*Techniques of neutralization: A theory of delinquency*” em 1957, na conceituada revista científica “*American Sociological Review*”, deu luz a revolucionária contribuição de David Matza e Grasham Sykes a produção criminológica ocidental efervescente da segunda metade do século XX. Ambos os autores objetivaram construir uma teoria criminológica que auxiliasse na compreensão da etiologia da delinquência, através de estruturas sociológicas e interacionistas, em clara superação as teorias que fundamentam o desvio com base em aspectos puramente biológicos ou psicológicos.

Matza e Sykes trilharam os caminhos firmados pelo criminólogo Edwin Sutherland na obra “*Differential Association*” (1939), em que compreendem o desvio como o resultado de um processo de interação social, ou seja, os comportamentos criminosos, assim como os demais comportamentos sociais, derivam do aprendizado proporcionado pelo relacionamento com outros indivíduos ou grupos sociais, os quais, por sua vez, também já foram submetidos a um processo de interação e aprendizagem, afastando a concepção de que o desvio decorre de questões da mente ou do corpo (MATZA e SYKES, 1957).

Na visão de Sutherland, na construção de sua teoria da associação diferencial, o comportamento desviante envolve dois fatores fundamentais, um primeiro se refere ao aprendizado de técnicas de cometimento de crimes, para, em um segundo momento, compreender as motivações, racionalizações e atitudes que favorecem a violação aos imperativos legais (SUTHERLAND, 1955). São sobre tais premissas que Matza e Sykes enxergam a etiologia do crime, todavia, o foco de sua produção científica possui ponto de interesse distinto, em que para os autores, o mais significativo não é o processo de interação social em si, mas o conteúdo do que é aprendido pelo propenso desviante. Para ambos, o modelo criminológico que mais se dedica a compreensão do conteúdo aprendido é o desenvolvido por Albert K. Cohen, na teoria da subcultura delincente

(1955):

Talvez a única escola de pensamento mais forte sobre a natureza desse conteúdo tenha se centrado na ideia de uma subcultura delincente. A característica básica da subcultura delincente, argumenta-se, é um sistema de valores que representa uma inversão dos valores defendidos pela sociedade respeitável, obediente à lei. O mundo do delincente é o mundo da obediência à lei virado de ponta-cabeça e suas normas constituem uma força contrabalançante dirigida contra a ordem social conformada (1957).

A imposição de comportamentos determinados pelos valores sociais tidos como dominantes, fomenta o movimento de oposição pelos grupos sociais que não se vislumbram como pertencentes ao mesmo patamar, o que auxilia na tomada de atitudes em contradição a tais valores que resultam por originar práticas desviantes.

Matza e Sykes, então, sob um modelo estruturado pela associação diferencial, buscam através das técnicas de neutralização, apresentar uma explicação alternativa ao modelo da subcultura delincente e aos conteúdos aprendidos através das interações sociais (MATZA e SYKES 1957).

O tom revolucionário das técnicas de neutralização, conforme anteriormente anotado, reside na percepção de Matza e Sykes de que, em contraposição ao modelo proposto por Cohen, há grandes dificuldades na percepção tanto empírica quanto teórica da existência de uma verdadeira subcultura delincente, de modo que se tal modelo comportamental de fato existisse, o delincente não apresentaria quaisquer sentimentos de culpa ou vergonha na detenção, ao revés, por entender que seu comportamento é moralmente correto, o desviante tenderia a reagir com indignação. Mesmo que alguns delinquentes reajam com aversão ao confinamento, o martírio geralmente estaria fundado no fato de que foi capturado, o que destoa da definição de que a delinquência estaria “correta” com base em valores éticos e morais dos desviantes, apartados de um sistema aplicável aos tidos como conformados, estando a culpa, a vergonha ou a tristeza frequentemente presentes nas detenções de jovens desviantes (MATZA e SYKES 1957).

A bem da verdade, o jovem delincente não se encontra alheio a validade moral do sistema normativo tido como dominante, como muito bem salientado pelos autores:

Em outras palavras, se o delincente de fato se apega a um conjunto de valores e normas que estão em completa oposição àqueles da sociedade respeitável, seu apego à norma é de um tipo peculiar. Enquanto supostamente comprometido totalmente com o sistema desviante da subcultura delincente, ele pareceria reconhecer a validade moral do sistema normativo dominante em muitos casos (1957).

Conceber a existência de um sistema absolutamente paralelo de valores como o certo ou errado encontra grandes barreiras na realidade sensível. Grupos socialmente marginalizados não estão alheios aos sistemas normativos predominantes, mesmo que sobre eles a incidência do controle social ocorra de maneira diversa, com a prevalência de um controle social formal muito

mais repressivo e brutal do que se vislumbra em outros estamentos sociais. A experiência denota que a maior probabilidade é de que a família do desviante tem plena compreensão de que a delinquência é errada, mesmo que membros do mesmo grupo familiar estejam envolvidos com atividades ilícitas (MATZA e SYKES, 1957).

Não obstante as conclusões firmadas pelos autores da inexistência de um sistema paralelo de valores éticos e morais que racionalizam as práticas desviantes, uma subcultura delincente, a verdade é que o crime é uma realidade perceptível através da experiência sensível e as razões originárias de tal fenômeno intrigam os criminólogos da escola etiológica social-estrutural. Matza e Sykes vislumbram verdadeiro paradoxo na explicação da etiologia da delinquência:

Como Morris Cohen disse certa vez, um dos problemas mais fascinantes sobre o comportamento humano é por que os homens violam as leis nas quais eles acreditam. Esse é o problema que nos confronta quando tentamos explicar por que a delinquência ocorre, apesar de um maior ou menor compromisso com o hábito da conformidade. Uma pista básica é oferecida pelo fato de que regras ou normas sociais que exigem o comportamento valorizado raramente, se alguma vez, tomam a forma de imperativos categóricos. Em vez disso, valores ou normas aparecem como orientações qualificadas para ação, limitadas em sua aplicabilidade em termos de tempo, espaço, pessoas e circunstâncias sociais (1957).

Nesse ponto, a conceituação sobre o imperativo categórico é fundamental para a estruturação de todo o modelo teórico das técnicas de neutralização. A definição pode ser encontrada na obra de Immanuel Kant, denominada Fundamentos da Metafísica dos Costumes (2007), conforme se denota:

Ora, todos os Imperativos preceituam ou hipoteticamente ou categoricamente. Os imperativos hipotéticos representam a necessidade de uma ação possível, como meio para alcançar alguma outra coisa que se pretende (ou que, pelo menos, é possível que se pretenda). O imperativo categórico seria aquele que representa uma ação como necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro escopo, como objetivamente necessária (2007).

As regras jurídicas, por mais que sejam compostas naturalmente de generalidade e abstração, não disciplinam comportamentos ou fundam sistemas de maneira absoluta e estanque. O próprio caso da dogmática penal brasileira é bastante ilustrativo, a adoção de uma leitura analítica do crime, o qual o estratifica em três substratos distintos e teoricamente delimitados como fato típico, ilícito e culpável (SANCHES, 2019), possibilita juridicamente a incidência de causas justificativas em qualquer de seus substratos, que retiram o caráter criminoso da conduta, mesmo que tenha previsão legal dotada de generalidade e abstração, o que demonstra, empiricamente, que as próprias leis não se caracterizam como imperativos categóricos. Nesse mesmo sentido, Matza e Sykes são bastante ilustrativos:

A injunção moral contra matar, por exemplo, não se aplica ao inimigo durante o combate em tempo de guerra, embora um inimigo capturado esteja novamente protegido pela proibição. De modo similar, os atos de tomar e distribuir bens escassos em um período de necessidade social aguda são percebidos por muitos como certos, ainda que, sob outras circunstâncias, a propriedade privada seja considerada inviolável (1957).

A existência de causas de justificação, por sua vez, são necessárias para a existência de um sistema normativo, a aplicação da lei literal, invariavelmente, conduziria um conjunto quantitativamente sensível de casos a aplicação injusta de sanções estatais, de modo que, no âmbito das sociedades modernas, em que a presença dos direitos humanos deve ser vista com naturalidade e em caráter de necessidade, as justificativas servem a um propósito fundamental. Todavia, é justamente na existência das causas de justificação, as quais são denominadas defesas criminais por Matza e Sykes, que reside a essência da etiologia criminosa:

É nosso argumento que grande parte da delinquência é baseada no que é essencialmente uma extensão não reconhecida de defesas criminais, na forma de justificativas para o desvio, que são vistas como válidas pelo delinquente, mas não pelo sistema legal ou pela sociedade em geral (1957).

A visão dos autores lastreia-se na percepção de dois âmbitos de incidência distintos das causas de justificação. O primeiro se refere as causas dispostas na legislação, as quais atuam diretamente na caracterização do fato criminoso, potencialmente afastando seu caráter ilícito e a conseqüente aplicação de sanção estatal. O segundo reside em uma extensão extralegal, na forma em que justifica o desvio para o desviante, tornando sua conduta válida em sua percepção, mesmo que não cause efeitos ao sistema de justiça ou para a sociedade. Justamente nesse segundo âmbito de incidência que residem as técnicas de neutralização.

As técnicas de neutralização funcionam como mecanismos de racionalização de comportamentos desviantes, as quais protegem o indivíduo de se culpar ou ser culpado por outrem, as quais podem se fazer presentes posteriormente ao comportamento desviante, mas também podem o preceder-lo, quando as justificativas encontram-se internalizadas. Nesses casos, os controles sociais, que servem para apurar ou inibir as motivações desviantes, tornam-se inoperantes, e o indivíduo se vê livre para a prática do desvio, já que com a atribuição de justificativas que neutralizam para si o comportamento indevido, sua autoimagem permanece preservada e o desvio é visto como justificado. É justamente no aprendizado destas técnicas que o indivíduo se torna delinquente (MATZA e SYKES, 1957).

Os autores didaticamente dividem as técnicas de neutralização em cinco tipos diversos, as quais são intituladas por negação de responsabilidade, negação do dano, negação da vítima, condenação dos condenadores e apelo a lealdades maiores, que serão exploradas na sequência.

A primeira das técnicas de neutralização se refere a negação de responsabilidade, que reside no exercício de racionalização desempenhado pelo desviante, no sentido de se definir como não responsável por suas ações. O desviante neutraliza a reprovação de seu comportamento, para si e para os outros, através da conformação de que se encontra impotente em face de situações alheias

a sua conduta, encontrando-se propellido por forças externas a seu controle, tendo um conceito de si como uma “bola de bilhar” (MATZA e SYKES, 1957). O desviante cria uma concepção de si próprio como irresponsável pelo resultado de suas ações, já que forças alheias teriam interferido diretamente nos fatos, não se vendo como culpado. No entender de Matza e Sykes, *“ao aprender a se ver mais como coagido do que agindo, o delinquente prepara o caminho para o desvio do sistema normativo dominante sem a necessidade de um ataque frontal às próprias normas”* (1957).

A segunda das técnicas de neutralização é a negação do dano, nesta o desviante direciona sua atenção ao dano ou prejuízo resultante do ato desviante. Nesta técnica, o vínculo entre o indivíduo e sua conduta é quebrado através da conformação de que seu comportamento, apesar de contrário a lei, não estaria apto a causar qualquer dano. Salienta-se que as técnicas de neutralização atuam em uma esfera extralegal e que, em regra, não isentam o agente de eventuais sanções penais, todavia, no caso da negação do dano, o desviante forma para si o conceito de que sua ação seria tão irrelevante, que suprime em seu entendimento o controle social desempenhado pelo sistema normativo (MATZA e SYKES, 1957). Ademais, os autores exemplificam referida técnica com grande clareza:

O vandalismo, por exemplo, pode ser definido pelo delinquente simplesmente como “travessura” – afinal, pode-se argumentar, as pessoas cuja propriedade foi destruída bem podem arcar com isso. De modo similar, a subtração de automóvel pode ser vista como “empréstimo”, e a briga entre gangues como uma desavença privada, um duelo acordado entre duas partes concordantes e, portanto, sem interesse para a comunidade em geral (1957).

O exercício mental feito pelo desviante, no sentido de entender que os danos seriam irrisórios, o torna livre para delinquir, de modo que não estaria em completa oposição ao sistema normativo, mas apenas praticando ato de consequências irrelevantes, e que a contrariedade exercida em face do sistema normativo seria justificada pela extensão das consequências, mesmo tendo plena consciência da antijuridicidade de seu comportamento.

A terceira das técnicas é a negação da vítima, a qual deriva de condições circunstanciais que servem como justificantes para o desviante, de modo que, mesmo que aceite a responsabilidade por seus atos e compreenda o dano causado, circunstâncias afetas ao desvio em concreto o levam a compreender seus atos como aceitáveis. Matza e Sykes expõem que o dano, sob a ótica do desviante, não é exatamente um dano, mas uma forma de punição ou retaliação lícita (1957), exemplificando na sequência:

Por uma alquimia sutil, o delinquente se move à posição de um vingador e a vítima é transformada em um infrator. Ataques a homossexuais ou supostos homossexuais, ataques a membros de grupos minoritários considerados como tendo “saído da linha”, vandalismo como vingança a um professor ou um funcionário da escola injusto, furtos a um dono de loja “desonesto” – todos podem ser danos infligidos a um transgressor, aos olhos do delinquente (1957).

Na negação da vítima, o desviante lastreado pelas circunstâncias que gravitam sobre o fato, entende seus atos como plenamente justificados, já que as condições fáticas lhe autorizariam a agir de tal forma, mesmo que em contrariedade ao sistema normativo. A título de exemplo, em um ambiente composto por indivíduos que exteriorizam atos de intolerância racial, a prolação de ofensas que utilizem elementos de raça, cor ou etnia, estariam justificadas e neutralizadas aos ofensores, mesmo que a conduta encontre correspondência no tipo penal previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal, inclusive com a previsão de pena privativa de liberdade por até três anos de reclusão (1940). A mesma forma de neutralização também é passível de observância nos casos em que a vítima é fisicamente ausente, desconhecida ou consiste em uma mera abstração, em que por sua ausência de corporificação e determinação, a consciência da existência de uma vítima em si é reduzida, favorecendo a prática do desvio (MATZA e SYKES, 1957).

A quarta técnica de neutralização é a condenação dos condenadores, a qual consiste no exercício de distorção da realidade empregado pelo desviante, na razão de reprimir a ilicitude de seus atos através de ataques a seus condenadores (MATZA e SYKES, 1957). Os autores exemplificam referida técnica de neutralização, nas hipóteses em que é dirigida em face daqueles com atribuição de expressar ou fazer cumprir as normas da sociedade conformada, como por meio de assumir que policiais são corruptos ou brutais, professores possuem alunos favoritos e pais exteriorizam suas frustrações em seus filhos (1957). Desse modo, a estrutura do desvio e o reconhecimento da existência de dano permanecem inalterados, todavia, ao condenar quem o condenaria, a racionalização do comportamento torna-se facilitada, enfraquecendo a potência do controle social.

A última das técnicas é o apelo a lealdades maiores, neste método de racionalização o desviante se situa no limiar entre os controles sociais internos e externos, no sentido de que o sistema normativo geral pode ser sacrificado quando em oposição a valores particulares do desviante ou dos grupos sociais em que se encontra inserido. Como muito bem salientado por Matza e Sykes, o desviante não necessariamente rejeita os imperativos do sistema normativo dominante, apesar de não os seguir com exatidão, mas assim o faz por se ver inserido em um dilema que precisa ser resolvido, mesmo que ao custo de violar a lei (1957). Em nome do apelo a lealdades maiores, o desviante se vê motivado em infringir o sistema normativo a par de satisfazer os interesses da estrutura social em que possui contato mais próximo. Esta dualidade é explorada com bastante clareza pelos autores:

O conflito entre os reclamos de amizade e as demandas da lei, ou um dilema similar, certamente tem, há muito, sido reconhecido pelo cientista social (e pelo romancista) como um problema humano comum. Se o delinquente juvenil frequentemente resolve seu dilema

ao insistir que ele deve “sempre ajudar um camarada” ou “nunca delatar um amigo”, mesmo quando isso o lança em sérias dificuldades com a ordem social dominante, sua escolha permanece conhecida aos supostamente cumpridores da lei (1957).

Os relacionamentos interpessoais e o sentimento de pertencimento, por manter relação de maior proximidade com o desviante, ao lado de não apresentar a brutalidade dos controles formais que se vislumbra em relação a certos estamentos sociais, favorece o cálculo mental exercido pelo delinquente, no qual lhe é muito mais vantajoso infringir a lei do que ser desleal com seus pares.

As cinco técnicas de neutralização expostas representam a grandiosa contribuição de Matza e Sykes para o desenvolvimento dos modelos criminológicos ocidentais da segunda metade do século XX. Ainda que existam outras correntes da criminologia que traduzam análises bastante diversificadas do fenômeno criminal, como a criminologia crítica, as escolas dedicadas ao estudo da etiologia delinquente, com base em estruturas sociológicas e interacionistas, contribuem em grande maneira para o entendimento e formulação de políticas criminais, principalmente no que se refere a microcriminalidade. As técnicas de neutralização atuam diretamente sobre a efetividade dos controles sociais, explicando parcela considerável da origem de comportamentos desviantes. Por fim, um dos grandes méritos do modelo criminológico pautado pelas técnicas de neutralização, se refere a este modelo não se ater apenas as estruturas das ciências criminais em si. O comportamento desviante, sob esta ótica, possui uma matriz muito mais ampla, de modo que os métodos de racionalização possam atuar sobre sistemas normativos em geral, mesmo aqueles que não lecionam condutas criminosas, mas, ainda assim, sancionadas pelo aparato estatal.

3 MEDIDAS SANITÁRIAS DE SEGURANÇA FRENTE A PANDEMIA POR COVID-19 E AS TÉCNICAS DE NEUTRALIZAÇÃO

O ano de 2020 encontra-se marcado pela atipicidade. Em 11 de março de 2020, o diretor geral da Organização Mundial de Saúde classificou o estado de contaminação por coronavírus (Sars-Cov-2) como pandemia, em vista de sua acentuada expansão geográfica, que à época já se apresentava em ao menos 115 países (AGÊNCIA BRASIL, 2020). De rigor, segundo informações disponibilizadas pela Fundação Oswaldo Cruz, caracteriza-se como pandemia a disseminação mundial de uma doença, que extrapola limites continentais e é sustentada pela transmissão de pessoa a pessoa (2020).

Em vista da declaração de pandemia por COVID-19, a Organização Mundial de Saúde e a Organização Pan-Americana de Saúde deram publicidade a protocolos de medidas sanitárias destinadas a reduzir o potencial de contaminação do coronavírus. Referidas medidas denotam a necessidade de tomada de comportamentos diários, dentre os quais, em apertada síntese, dedicam-se ao distanciamento social, higienização constantes das mãos e utilização frequente de máscaras

(2020). A adesão das medidas sanitárias de segurança frente ao coronavírus não representa, a bem da verdade, na solução ao cenário pandêmico que se impõe, entretanto, concebem importantes mecanismos destinados a mitigação da propagação e conseqüentemente a redução de casos graves e óbitos, além auxiliar no escape ao colapso dos sistemas de saúde.

As medidas sanitárias de segurança importam na tomada de comportamentos que em algum grau tolhem as liberdades individuais, mesmo que de forma amplamente e legitimamente justificada. A utilização de máscaras e a higienização frequente das mãos, por exemplo, apelam ao senso de responsabilidade individual, que necessita ser seguido para a obtenção do objetivo macro de frear os avanços pandêmicos, mesmo que cause algum nível de incomodo.

Conforme informações do sítio eletrônico “<https://covid.saude.gov.br/>”, base de dados oficial do Ministério da Saúde brasileiro, segundo atualização efetuada em 17 de agosto de 2020, às 18 horas e 40 minutos, horário de Brasília, o Brasil conta com o equivalente à 3.359.570 casos e 108.536 óbitos confirmados, que correspondem a uma taxa de letalidade de 3,2% dos infectados (2020).

O estado calamitoso de contaminação em terras brasileiras, impôs às autoridades públicas a necessidade de tomada de decisões que objetivam a redução do contágio por coronavírus, o que se deu através da edição de atos normativos, dos quais muitos buscaram estabelecer a obrigatoriedade no cumprimento de medidas sanitárias, inclusive prevendo sanções, caracterizando um verdadeiro sistema normativo. Como forma de ilustração, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, através do sítio eletrônico “<http://www.pge.sp.gov.br/acompanhe/covid/COVID-19.html>”, disponibilizou para consulta, até a data de 18 agosto de 2020, 33 decretos do Poder Executivo Estadual, relacionados a medidas diretamente associadas ao coronavírus, estipulando prazos de quarentena, medidas sanitárias e medidas econômicas (2020).

Em continuidade, em 02 de julho de 2020, o Congresso Nacional aprovou e o Presidente da República sancionou, com vetos, a Lei N.º 14.019, que dispõe sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras e impõe a necessidade de assepsia em ambientes públicos, como forma de enfrentamento a pandemia por COVID-19 (BRASIL, 2020).

Por oportuno, integram o arcabouço normativo brasileiro aplicável as situações decorrentes da declaração de pandemia, os tipos legais dispostos nos artigos 267 e 268 do Código Penal, que se dedicam a aplicação de pena privativa de liberdade, as hipóteses de propagação de germes patogênicos e descumprimento de determinação do poder público, destinada a impedir a propagação de doença contagiosa (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, vislumbra-se a existência de um verdadeiro sistema normativo, disposto de forma geral e abstrata, que denota a necessidade de tomada de comportamentos de grande

importância, de modo tal que a desobediência as condutas esperadas ensejam a aplicação de sanções, sejam penais ou extrapenais.

Com o estabelecimento de um sistema normativo aplicável as situações decorrentes da pandemia por coronavírus ora instalada, exsurge a necessidade de compreensão sobre as hipóteses de desvio, principalmente quanto as medidas sanitárias individuais. Conforme já sustentado, Matza e Sykes, com brilhante acerto, desenvolveram uma estrutura de compreensão ao comportamento desviante, que não se restringe tão somente a figura do crime, mas ao desvio em geral, de modo que as técnicas de neutralização possam ser aplicadas as condutas afetas a situação pandêmica (1957).

Como já exposto, a adesão a certas medidas sanitárias pode traduzir em um certo incomodo para o desempenho de atividades rotineiras, o caminhar em logradouros públicos com o uso de máscara ou as restrições de acesso em certos estabelecimentos certamente não são de agrado geral, todavia, são medidas necessárias e evidentemente legítimas. Nesse sentido, não é incomum aos que vivenciam o cenário pandêmico no Brasil o contato com pessoas verdadeiramente irresignadas com a necessidade de tais cuidados, casos como de um integrante do Poder Judiciário brasileiro que demonstrou acentuada recusa ao uso de máscara (UOL, 2020), são bastante sintomáticos para a compreensão do cenário que se impõe, principalmente quanto a análise das técnicas de neutralização.

Em um sistema normativo operante, a preleção de um comportamento, acompanhado da previsão de uma sanção a seu descumprimento, evidencia a noção sobre o indivíduo do que configura uma ação aceitável e uma ação desviante. Como já asseverado, segundo a visão de Matza e Sykes, parte considerável da etiologia do desvio deriva do aprendizado de justificativas que racionalizam o desvio, as quais são denominadas técnicas de neutralização (1957). Referidas técnicas recaem sobre os controles sociais incidentes sobre o indivíduo e sua conduta, o atenuando e justificando a prática do desvio.

As imposições de uso obrigatório de meios que dificultam a propagação do coronavírus evidenciam a aplicação das técnicas de neutralização por seus detratores. Como exposto por Matza e Sykes, com a racionalização de suas condutas, o desviante tem diante de si um cenário dos mais promissores, já que, em sua análise, permanece comprometido com o sistema normativo dominante e, ainda assim, justifica seu comportamento como aceitável, através do desempenho de uma das cinco técnicas de neutralização (1957). A demonstração que se propõe a análise com a presente pesquisa pode ser bastante visível através de exemplificações.

Partindo do pressuposto estabelecido em artigo publicado por 45 pesquisadores no periódico científico “*Nature*”, com base em estudos realizados na província italiana de Pádua, cerca de 40% dos transmissores de COVID-19 são assintomáticos, ou seja, não exteriorizam qualquer

condição que indique um diagnóstico sem a realização dos testes aplicáveis (LAVEZZO, FRANCHIN, CIAVARELLA. *et al.*2020). Desse modo, propõe-se a imaginar um indivíduo que não apresenta qualquer condição física que indique contaminação por COVID-19, e que opte por ir ao mercado próximo de sua residência sem fazer uso de máscara, sob a justificativa de que seria uma compra rápida e que não haveria qualquer risco de contaminação a terceiros, já que até então não apresentara qualquer sintoma. A exemplificação proposta denota o emprego da técnica de neutralização denominada negação do dano, uma vez que o desviante tem a impressão de que seu comportamento não seria a causa de qualquer dano, mesmo que esteja agindo conscientemente de forma contrária ao sistema normativo (MATZA e SYKES, 1957). Cumpre analisar que mesmo que o desviante racionalize sua conduta, o estado da arte indica que poderia muito bem estar infectado e assintomático, propiciando a contaminação de terceiros, de modo que a extensão do dano se torna imensurável.

Outra situação que pode evidenciar o emprego das técnicas de neutralização pode ser visualizada no seguinte exemplo, um grupo de indivíduos praticando atividades esportivas coletivas em ambiente externo, com a formação de aglomerações, sem a utilização de máscaras e sem respeitar o distanciamento social, compreendem como justificada a referida prática e rejeitam a imposição de qualquer sanção, já que as competições esportivas profissionais teriam sido autorizadas pelo Estado, de modo que a prática amadora seria legítima. Com tal exemplificação, se busca demonstrar a ocorrência de técnica de neutralização denominada condenação dos condenadores, no sentido de que o desviante reprime a ilicitude de seu comportamento, através do ataque a outros, no caso, aqueles responsáveis pela aplicação de sanções decorrentes do desvio (MATZA e SYKES, 1957).

A similaridade de ambas as exemplificações recai justamente no exercício de racionalizar o comportamento desviante, seja de forma prévia ou póstuma, de tal modo que o indivíduo não promove uma ruptura abrupta ao sistema normativo dominante, ao menos para sua autoimagem ou para outros que coadunem da mesma percepção, já que compreende sua ação como plenamente justificada através das técnicas de neutralização, seja negação do dano, condenação dos condenadores ou qualquer outra espécie.

Cumpre ressaltar que as técnicas de neutralização não caracterizam um verdadeiro trunfo ao delinquentes, que ao se ver em uma hipótese de desvio, as invoca e instantaneamente tem seu comportamento justificado. As técnicas de neutralização atuam sobre a estrutura criminológica da associação diferencial, em que as justificações são internalizadas pelos desviantes através de um processo de interação e aprendizagem, e que de tal processo decorre a etiologia de grande parte dos desvios (MATZA e SYKES, 1957). A incidência das técnicas de neutralização é perceptível quando

da análise do próprio ato desviante, em que se constata sua ocorrência justamente pelo fato de os comandos normativos internalizados são neutralizados pelas também internalizadas das técnicas de neutralização, que reduzem a força do controle social e permitem a prática do desvio.

Sobre a etiologia do desvio e a força das técnicas de neutralização, explicam com grande clareza Matza e Sykes:

As técnicas de neutralização podem não ser poderosas o suficiente para proteger totalmente o indivíduo da força de seus próprios valores internalizados e das reações dos outros conformados, pois, como apontamos, delinquentes juvenis geralmente parecem sofrer de sentimentos de culpa e vergonha quando chamados à responsabilidade por seu comportamento desviante. E alguns delinquentes podem estar tão isolados do mundo da conformidade que técnicas de neutralização nem precisam ser postas em jogo. No entanto, argumentaríamos que as técnicas de neutralização são cruciais em reduzir a efetividade de controles sociais e que elas estão por trás de uma grande parcela do comportamento delinquente (1957).

Desse modo, as técnicas de neutralização referem-se a exteriorizações de processos internos aos quais os indivíduos são frequentemente submetidos, em que do mesmo modo que os valores extraídos dos sistemas normativos são aprendidos, os meios que justificam o seu descumprimento são submetidos ao mesmo processo, de forma que, a depender da intensidade da interação social e, principalmente, do conteúdo que é transmitido, a reprovação decorrente da violação da norma pode ser justificada, reduzindo, assim, tanto os controles internos do desviante, que passa a compreender a ação como legítima mesmo que a norma preveja um sentido contrário, como o controle social, já que o processo de aprendizado decorre de interações sociais, as quais ocorrem através da presença contínua do indivíduo em um ambiente em que a interação lhe seja possível, transbordando a noção de que em determinadas circunstâncias, os desvios são aceitáveis.

O desrespeito as medidas sanitárias de segurança, ou até mesmo sua banalização, através de justificações que tornam o desvio aceitável para o desviante, em uma análise rápida podem transparecer atos efêmeros, afinal, caminhar em um ambiente externo pode muito bem não causar qualquer dano a terceiros, todavia, dadas as circunstâncias pandêmicas, a percepção sobre a intensidade do desvio toma outros contornos, já que com uma incidência de 1644,9 novos casos para cada 100 mil habitantes, acompanhado de uma taxa de mortalidade de 3,2 %, segundo dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde em 18 de agosto de 2020 (2020), cada nova contaminação traduz um grande risco ao corpo social, de modo que os processos de neutralização, em circunstanciais em que um simples ato é capaz de prevenir severos danos, deve ser percebido com atenção, justamente nesse sentido a criminologia fornece bases de análise bastante pertinentes, apta a propiciar uma análise crítica dos comportamentos sociais e as consequências danosas decorrentes da justificação de condutas desviantes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminologia é uma ciência intrigante e complexa. Intrigante pois, não obstante seus vastos objetivos, se propõe a análise do fenômeno criminal, no sentido de investigar quais as razões que levam o indivíduo em desviar do sentido da norma, a qual, em sua essência, deriva da manifestação de sua própria vontade, o que aguça um número imensurável de pesquisadores na busca pelo entendimento mais adequado sobre as questões do crime. A complexidade da criminologia decorre de que o entendimento sobre o crime não é uma tarefa das mais simples, diversos fatores podem se propor a explicar o fenômeno, na mesma proporção em que existem outros diversos fatores que demonstram que tais são insuficientes em tal análise, o estudo criminológico necessariamente passa pela percepção de circunstâncias biológicas, psicológicas, sociais, econômicas e tantas outras. Para a construção do presente artigo, diversos modelos criminológicos poderiam ter sido escolhidos, todavia, a busca pela etiológica do crime através de uma análise interacionista, principalmente através das técnicas de neutralização, se mostra de grande valia, principalmente pela intensidade em que se propõe a compreensão do crime em uma escala micro, através da transmissão de conteúdos pelas interações sociais, capazes de influir nos mecanismos de controle sobre o desvio.

A percepção de Matza e Sykes em voltar o foco de suas análises no conteúdo transmitido através da aprendizagem e não apenas no processo em que tal ocorre, é fundamental para a compreensão das razões pelas quais grande parte dos delitos ocorrem, mesmo que as sanções impostas pelos sistemas normativos sejam de acentuada severidade. Os dilemas internos entre a prática do desvio ou a conformidade com a norma não são estranhos a grande parte dos indivíduos integrados ao meio social, o que define a opção pelo desvio, segundo o modelo criminológico em análise, passa necessariamente pelos controles internos e externos incidentes individualmente. Ao aprender justificativas ao comportamento, de modo que em uma ótica interna, o desvio torna-se aceitável, referidos controles perdem forças, ao passo de que em específicas circunstâncias o desvio seria adequado e plenamente justificado.

Como já asseverado no desenvolvimento do presente artigo, as técnicas de neutralização não são a “tábua de salvação” dos desviantes, que uma vez invocadas reduzem ou justificam a prática delinvente. A estrutura desenvolvida por Matza e Sykes confere contornos didáticos, na ocasião em que enumera através de cinco técnicas, os processos de internalizações de racionalizações que são transmitidas e assimiladas pelos propensos desviantes, que uma vez completo o processo de aprendizado, tais justificativas passam a influir na análise interna sobre a prática ou não do desvio.

Nesse sentido, a proposta elencada no presente artigo se destina a investigação das técnicas

de neutralização através de um cenário social específico. A ocasião escolhida refere-se ao delicado momento vivido mundialmente em 2020 com a declaração de pandemia por COVID-19. Por se tratar de uma enfermidade em que o contágio se apresenta de forma acelerada, vide os gráficos de desenvolvimento e progressão da contaminação no Brasil, segundo formulações do Ministério da Saúde (2020), a adoção de medidas sanitárias de segurança se torna absolutamente imprescindível, de tal modo que os cuidados necessários devem ser amplamente difundidos e tomados por todos.

Em vista da natureza de certa forma incomoda de algumas das medidas de segurança, as quais de forma justificada impedem o desempenho da ampla liberdade, na busca por atingir objetivos macro de proteção social e combate aos avanços pandêmicos, se impôs as autoridades públicas a necessidade de formulação de um verdadeiro sistema normativo específico a situação construída pela disseminação do coronavírus. A expedição de atos normativos das mais diversas naturezas, criou na sociedade brasileira a necessidade de imposição de comportamentos e sanções, necessários para a segurança coletiva.

Assim, o dilema vivido a tempos pelos criminólogos se transmite para o sistema normativo decorrente da declaração de pandemia, no sentido de que, mesmo com a obrigatoriedade de adesão a medidas sanitárias e com a consequente imposição de sanções, ainda sim as práticas desviantes são perceptíveis.

Nesse contexto, as técnicas de neutralização se prestam ao papel de auxiliar na compreensão da etiologia do desvio ao sistema normativo dominante. As restrições as liberdades pessoais e a necessidade de retorno a uma até certo ponto utópica normalidade, fazem com que processos internos de racionalizações sejam percebidos nos mais diversificados estamentos sociais. Caminhadas sem uso de máscaras, descumprimento de quarentena, ausência de assepsia ou desrespeito a limitações de acesso em ambientes fechados, quando analisados isoladamente, transparecem a prática de atos banais, em que as justificativas para o desvio se mostram bastante preponderantes, principalmente através da negação do dano causado por aquele ato isolado, ou até mesmo pela condenação pelo desviante daqueles que estipulam sanções, por não representarem verdadeiros padrões éticos a serem seguidos.

Todavia, a interdisciplinaridade ínsita a criminologia, mostra que até mesmo uma efêmera exposição a um ambiente coletivo, sem a adesão as medidas sanitárias de segurança, importa em um grande risco de contaminação, o que se releva principalmente nos casos de pacientes assintomáticos, que com grande facilidade podem justificar a prática desviante, afinal não apresentam elementos externos que denotam o diagnóstico, expondo terceiros a grande risco de contágio, que invariavelmente pode transbordar em uma cadeia de contaminações que poderia ser mitigada com a adoção de simples medidas.

A presente pesquisa se propôs a uma análise com certo grau de crítica sobre a potência dos controles sociais nos cálculos internos sobre a prática desviante, por certo, as técnicas de neutralização quando internalizadas, pesam de forma desfavorável ao bem estar coletivo, já que auxiliam na tomada de decisões danosas, já que tornam favoráveis aos desviantes a práticas de pequenos atos contrários ao sistema normativo operante, que por via de consequência, podem culminar nos nefastos avanços pandêmicos. A criminologia propicia uma investigação aguçada dos fenômenos sociais, de tal maneira que permite a compreender, através do modelo proposto por Matza e Sykes, em 1957, que o aprendizado de justificativas pode travestir em um cenário catastrófico em tempos de anormalidade, que fomenta a necessidade de aprofundamento e debate crítico sobre os meios de ação, de modo a potencializar os efeitos positivos do controle social, através de reforços favoráveis aos indivíduos, com a finalidade imprescindível de proteção social e preservação a vida e dignidade.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Penal. **Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. **Lei nº 14.019, de 02 de julho de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14019.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____, Agência. **Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 18 ago. 2020.

COHEN, Albert K. **Delinquent Boys**, Glencoe, Ill.: The Free Press, 1955.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FIOCRUZ. **O que é uma pandemia**. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20pandemia%20%C3%A9,sustentada%20de%20pessoa%20para%20pessoa..> Acesso em: 18 ago. 2020.

KANT, Immanuel. **A Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa, Portugal: Edições 70, Lda, 2007.

LAVEZZO, E., FRANCHIN, E., CIAVARELLA, C. *et al.* **Suppression of a SARS-CoV-2 outbreak in the Italian municipality of Vo'**. *Nature* **584**, 425–429 (2020). <https://doi.org/10.1038/s41586-020-2488-1>

OPAS. **Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 18 ago. 2020.

PAULO, Procuradoria Geral do Estado de São. **DECRETOS**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/acompanhe/covid/COVID-19.html>. Acesso em: 18 ago. 2020.

POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 16. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.

SAÚDE, Ministério da. **Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 18 ago. 2020.

SUTHERLAND, E. H. **Principles of Criminology**, revisado por D. R. Cressey, Chicago: Lippincott, 1955, pp. 77-80.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David. **Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency**, *American Sociological Review*, 22 (6), Dec. 1957, p. 664-670

UOL. **Desembargador se recusa a usar máscara, humilha GCM e rasga multa em Santos**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/videos/2020/07/19/desembargador-se-recusa-a-usar-mascara-humilha-gcm-e-rasga-multa-em-santos.htm#:~:text=O%20desembargador%20Eduardo%20Siqueira%20foi,se%20recusar%20a%20usar%20m%C3%A1scara..> Acesso em: 18 ago. 2020.

CORINGA: DA VIOLÊNCIA COMO INVISIBILIDADE À VIOLÊNCIA COMO ÊXTASE

Ana Elizabeth TAVARES¹
Fernanda de Matos Lima MADRID²

RESUMO

O presente artigo faz uma análise sobre o filme “Coringa” (2019), nos remetendo a uma visão crítica do mesmo e correlacionando-o com duas conhecidas teorias da criminologia, sendo a Teoria da Associação Diferencial e a Teoria das Janelas Quebradas. É importante destacar que o intuito não é justificar os atos criminosos que ocorrem no filme ou fazer uma análise do estado psíquico do protagonista, já que não dispomos de conhecimento científico para tanto. A intenção é refletirmos sobre a nossa parcela enquanto sociedade em meio ao caos que vemos instaurado em nosso meio, bem como o papel do Estado na garantia de direitos, não devendo se omitir frente às necessidades de sua população.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia. Violência. Filme “Coringa”.

ABSTRACT

The present article analyzes the film “Joker” (2019), in the referring to a critical view of it and correlating it with tow knowm theories of criminology, the Differential Association Theory and the Theory of Broken windows. It is important to highlight that intention is not to justify the acts criminals that occur in the film or do an analysis of the psychic state of the protagonist, since we do not have scientific knowledge to do so. The intention is to reflect on our share as a society in the midst of the chaos we see established in our country, as well as the role of the State in guaranteeing rights, and must omit in the face of the needs of its population.

KEYWORDS: Criminology. Violence. ”Joker” movie.

1. INTRODUÇÃO

O limite entre a razão e a loucura tem sido motivo de estudo durante séculos. O filme “Coringa” trouxe à tona inquietações acerca de diversos temas, especialmente no que se refere a violência como forma de expressão de problemas ainda mais profundos, indo além do que estamos acostumados a ver em histórias em quadrinhos e produções do gênero.

Primeiramente, tratou-se de uma resenha do filme e podemos observar ao longo dos acontecimentos narrados o crescente aumento da psicose endógena de Arthur Fleck, a corresponsabilidade do desamparo estatal, meio social e contexto familiar como determinantes para o ápice da loucura.

Possuindo alguns distúrbios mentais, que se revelam através de uma risada descontrolada,

1 Discente do 9º Termo do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (anaelizabethtavares@outlook.com).

2 Docente do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (fernandamadrid@toledoprudente.edu.br).

seu quadro só piora com o declínio de sua carreira profissional, com a doença de sua mãe, o tratamento hostil recebido por muitos e enternecido quando seu apresentador favorito o ridiculariza publicamente. Arthur conhece somente o desamor, contabilizando momentos traumáticos e sem qualquer compaixão da sociedade.

Após tal contextualização trataremos acerca da Teoria da Associação Diferencial, que foi formulada e desenvolvida por Edwin H. Sutherland, americano e sociólogo renomado. Se trata de uma teoria da criminologia que propõe o que os comportamentos ditos como criminosos emergem em decorrência de suas experiências sociais, com padrões de comportamentos que favorecem a violação das leis vigentes, buscando explicar a formação do comportamento criminoso pelo âmbito social em que vive, desconstruindo assim as teorias que se baseiam em fatores somente biológicos ou psíquicos.

Logo após será abordada a Teoria das Janelas Quebradas, que surgiu em meados de 1982 na universidade de Chicago, desenvolvida por um cientista político chamado James Q. Wilson e um psicólogo criminalista George Kelling, ambos americanos, com enfoque na eventualidade entre a desordem e a criminalidade.

Diferente do que muitos estudiosos de direito penal reproduzem, que são teorias criminológicas baseadas em um racismo científico, podemos entender que muitos dos atos criminosos são produtos do meio em que o indivíduo viveu.

Assim, o objetivo é verificar se existe uma relação entre a realidade apresentada pelo filme com a Teoria da Associação Diferencial e a Teoria das Janelas Quebradas e, para o levantamento dos dados, utilizaremos como norte o filme, pesquisas online e bibliográficas.

2. RESENHA DO FILME “CORINGA”

“Coringa” (Joker) é um filme inspirado no personagem de mesmo nome da DC Comics, lançado no Brasil em 03 de outubro de 2019, dirigido por Todd Phillips e protagonizado por Joaquin Phoenix.

O suspense se passa na cidade fictícia de Gotham City no ano de 1981. Em meio ao caos instaurado na cidade ocorre uma greve dos lixeiros, deixando assim a cidade imunda. Paralelo a isto está ocorrendo a campanha eleitoral para prefeito e o principal candidato ao cargo é bilionário Thomas Wayne, que promete “limpar a cidade”.

O personagem principal da trama é Arthur Fleck, homem aparentemente triste, infeliz, mas que ainda carrega consigo um grande sonho: ser comediante. Ele é acometido por uma condição especial que, em momentos de estresse, sua risada passa a ser incontrolável, ocasionado muito constrangimento ao mesmo. Para justificar sua condição anda com uma carteirinha explicativa, que

no momento da risada descontrolada entrega para os presentes. Arthur faz uso de medicamentos psiquiátricos e faz tratamento psicológico disponibilizado pelo governo, contudo, decisões estatais eliminam serviços de assistência psiquiátrica, deixando-o assim não somente ele desestruturados, mas também famílias que dependem de tais programas.

Arthur mora com sua mãe em um apartamento humilde. A senhora Fleck é acamada e o filho seu cuidador, bem como o único provedor do lar. Além do descaso com a situação de Arthur, sua mãe também é resultado da negligência do Estado, sendo desamparada e mantendo-se longe do atendimento especializado que necessita. Fica evidente que devido a problemas psiquiátricos, a senhora Fleck não pode ser presente na vida de seu filho, contribuindo também para sua situação atual.

No início da trama o protagonista trabalha como palhaço em uma empresa, que terceiriza seus serviços. Observamos ainda que seus colegas de trabalho contribuem para o distanciamento do personagem, praticando muitas vezes bullying³ e colocando-o em situações constrangedoras.

Durante uma apresentação de stand-up, Arthur tem uma crise de riso e seu vídeo repercute, chegando nas mãos do apresentador Murray Franklin (Robert De Niro), seu ídolo. O apresentador não só divulga o vídeo como ridiculariza Arthur.

Nesse turbilhão o personagem lê uma carta de sua mãe e supõe ser filho de Thomas Wayne. Arthur consegue confrontá-lo, mas ele afirma que a senhora Fleck tem problemas psiquiátricos e que tudo não passa de fantasia de sua cabeça, revelando a ele que a mesma já esteve internada em um hospital psiquiátrico. O protagonista consegue entrar na unidade de saúde e rouba os registros médicos de sua mãe, confirmando seus problemas e revelando que ele não apenas é filho adotivo, mas também sofreu diversos tipos de violência por parte dela e de seus namorados, quando era apenas uma criança.

A violência também por parte de alguns cidadãos fica evidente quando o protagonista é atacado durante um trabalho, sendo agredido psicologicamente e fisicamente, evidenciando sua vulnerabilidade e, após sucessivos acontecimentos vexatórios, culminando em sua demissão.

No caminho de casa o personagem presencia três homens brancos pertencentes a elite local praticarem assédio sexual a uma mulher no metrô, deixando-o incomodado. O alto índice de estresse faz com que ele tenha uma crise de riso, de forma descontrolada, chamando a atenção dos três agressores e resultando em novas agressões. Fleck se defende e dispara contra um dos jovens, posteriormente contra os outros dois.

Apesar de praticar tal crime publicamente, sua identidade fica protegida, pois ele estava caracterizado de palhaço, tornando o episódio um marco, uma vez que tratamos de um Gotham

3 Prática de atos violentos de forma intencional contra uma pessoa indefesa, de modo repetitivo (grifo da autora).

profundamente desigual, uma desigualdade social estarrecedora, onde fica nítido o poder que classe dominante exerce sobre os explorados, que por sua vez sentem-se incapazes de “descontar” seu ódio aqueles que o matem a margem social.

Voltando ao drama familiar enfrentado pelo personagem, Arthur mata a mãe no hospital e arquiteta uma vingança contra Murray, o apresentador. Ele consegue uma participação em seu programa de auditório e atira em sua cabeça em frente às câmeras, precedido de um forte discurso.

Tempos depois, Arthur está num manicômio e ri sozinho, alegando a sua psiquiatra que ela não entenderia a piada. Arthur então foge pelos corredores, deixando um rastro de pegadas ensanguentadas.

Flack passa a ser o “ídolo” dos explorados de Gotham, que viu nele uma representatividade, através de um homem que matava sem ao menos entender. “Coringa” torna-se um símbolo que representa os anseios de uma sociedade, iniciando assim uma grande revolta popular desorganizada, retratando o conflito de classes e tornando um pretexto para a execução do ódio que já havia no interior de quem estava em volta.

Quando tudo é perdido, tudo que resta para Arthur é sua loucura. Quando a loucura finalmente toma conta dele e ele assume o alter ego de “Coringa”, suas roupas ficam coloridas, seu semblante mostra convicção e ele encontra sua alegria dentro deste caos.

O filme causou tanto impacto que chegou a ser acusado na época de encorajar comportamentos criminosos, talvez seja por que de todas as versões apresentadas no cinema, esta foi a que mais mostrou uma versão mais “humana”, ressaltando sua origem e apresentando-o de formal total, com suas fragilidades, medos, sonhos e dificuldades.

O crítico Pedro Galvão (2019, s/p) publicou que o filme foi “visto por uma parcela da crítica como um retrato da comunidade que se define como “incel” (celibatários involuntários), cujos membros mais radicais defendem a prática de assassinatos em massa para se vingar de seu isolamento pela sociedade.

Ele relembra que muitas salas de cinemas chegaram a proibir que os fãs fossem assistir as sessões utilizando máscaras e qualquer fantasia, pois temiam que o comportamento do protagonista desencadeasse ataques. Ele também lembra que durante o Festival de Veneza o protagonista Joaquin Phoenix comentou sobre tal repercussão, enfatizando que esperava que o “filme criasse empatia por alguém que é o vilão e que faz coisas horrendas”, porque “às vezes, rotulamos uma pessoa como má, como se fôssemos incapazes dos mesmos atos”.

A BBC Brasil pulicou na época que parentes de vítimas fatais do tiroteio em Aurora, no Estado do Colorado, em que 12 pessoas foram mortas enquanto assistiam à estreia do filme “Batman: O Cavaleiro das Trevas Ressurge”, em 20 de julho de 2012, eram os grandes críticos à

estreia do filme. A reportagem ainda traz a justificativa das famílias:

Queremos deixar claro que apoiamos o direito à liberdade de expressão. Mas, como qualquer pessoa que tenha assistido a um filme sobre quadrinhos pode dizer, com grandes poderes, vêm grandes responsabilidades. É por isso que estamos pedindo à Warner Bros. que use seu poder, influência e sua plataforma para trabalhar ao nosso lado para dificultar o acesso às armas de fogo.

A Warner Bros⁴. justificou dizendo que pretendem “estimular conversas difíceis sobre questões complexas”, enfatizando que não apoiavam violência real.

Mesmo em meio a tanta polêmica, “Coringa”⁵ foi um dos grandes destaques da última temporada de premiação, consagrando a atuação de Phoenix, que levou para casa todos os importantes prêmios como Melhor Ator, como o Oscar.

3. TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

O sociólogo norte americano Edwin Sutherland (1883-1950) pontua que um sujeito, inserido em determinado grupo ou contexto social, acaba possuindo uma tendência, que não é determinante, mas na maioria dos casos ocorrerem à reprodução daquilo que seus próximos fazem. Ele ainda elucida que:

A função social do crime é de mostrar as fraquezas da desorganização social. Ao mesmo tempo que a dor revela que o corpo vai mal, o crime revela um vício da estrutura social, sobretudo quando ele tende a predominar. O crime é um sintoma da desorganização social e pode sem dúvida ser reduzido em proporções consideráveis, simplesmente por uma reforma da estrutura social. (SUTHERLAND, 2004, S/P)

Costa (2016, s/p) relata que o trabalho de Sutherland começou após a Primeira Guerra Mundial, quando os Estados Unidos passou por um considerável crescimento de sua economia. A autora aponta que após investimentos arriscados e a quebra da Bolsa em 1929, resultando em uma grave resseção econômica. Após intervenções do presidente Franklin Roosevelt, o Estado passou a ter “uma ativa intervenção no domínio econômico, estabelecendo novas regras destinadas ao mundo dos negócios e ampliando seu controle nessas atividades”, gerando assim resistência por parte dos grandes investidores.

Desta forma, Costa elucida que o trabalho de Sutherland se deu inicialmente no sentido de observar este fenômeno, demonstrando “um novo conceito, específico para as pessoas que, por determinadas características, não se espera que venham a cometer certos delitos” (COSTA, 2016).

Não podemos entender a loucura somente como um fator biológico, pois sabemos que muitas das doenças mentais são geneticamente transmitidas, todavia muitas são socialmente criadas, dependendo contexto social em que o indivíduo vive. Sutherland explica como o ambiente em que

4 Produtora americana (Grifo da autora).

5 Ficha técnica em anexo.

se vive influencia em suas condutas, explicando por que o crime também é praticado por indivíduos que não possuem tendência criminosa inata.

Na obra “O Crime do Colarinho Branco” (The White Collar Crime) Sutherland (1945, s/p) explana acerca de algumas diretrizes:

“1. “Comportamento criminoso é aprendido”. Sutherland explica esse ponto a contrário sensu, ou seja, o comportamento criminoso não é algo herdado, e uma pessoa não inventa o comportamento criminoso se não foi treinada no crime.2. “Comportamento criminoso é aprendido pela interação com outras pessoas em um processo de comunicação”. Esse ponto não requer grandes explicações, e Sutherland apenas faz a ressalva que se inclui, aqui, a comunicação por gestos, além da verbal.3. “A principal parte da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre dentro de grupos íntimos e pessoais”. Nesse ponto, a ideia é reforçar a não relevância das agências de comunicação em massa (a mídia em geral) na formação do comportamento criminoso.4. “Quando um comportamento criminoso é aprendido, a aprendizagem inclui: técnicas para executar o crime, que podem ser complicadas ou simples; e as direções específicas de motivos, impulsos, racionalizações e atitudes”. Em outras palavras, a aprendizagem do comportamento criminoso envolve tudo que o cerca. Sutherland não traça nenhum comentário adicional sobre esse ponto.5. “A direção específica dos motivos e impulsos é aprendida a partir de definições dos códigos legais como favoráveis ou desfavoráveis”. Em diferentes grupos sociais, as pessoas no em torno do indivíduo podem considerar as normas jurídicas como regras a serem seguidas ou considerar favorável a violação dessas normas. Sutherland define que na sociedade americana essas distintas definições estão misturadas, gerando uma cultura de conflito em relação às normas jurídicas.6. “Uma pessoa torna-se delinquente por causa de um excesso de definições favoráveis à violação das leis sobre definições desfavoráveis à violação delas”. (SUTHERLAND, 1945, S/P)

O autor ainda indica que estes pontos citados acima correspondem ao eixo “central do Princípio da Associação Diferencial”, partindo do pressuposto de comportamentos, padrões e não a pessoas criminosas. Sutherland (1945) continua nos explicando a respeito dos chamados “comportamentos neutros”, sem carga criminosa, manifestando como uma ocupação do sujeito e não na formação de padrões criminosos. Ele segue nos ensinando que:

7. “Associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade”. Esse ponto explicita que as associações com comportamentos criminosos e anticriminosos podem variar pelos diferentes aspectos citados, de forma a influenciar na gênese ou não do comportamento criminoso no indivíduo. Os conceitos de frequência e duração são facilmente explicados, sendo aquele o número de vezes no qual há o contato com um comportamento e este o tempo pelo qual há o contato. Os conceitos de prioridade e intensidade não têm definição assim tão clara e são pouco desenvolvidos, fazendo-se necessários estudos mais explicativos. No entanto, é possível associar prioridade como o momento da vida no qual ocorre o contato, e considera-se que o início da infância tem uma importância maior para a persistência do comportamento para o resto da vida. Intensidade, por sua vez, tem a ver com a fonte do comportamento com o qual o indivíduo tem contato; uma pessoa de maior prestígio social ou emocionalmente ligada ao indivíduo gera uma associação de maior intensidade.8. (SUTHERLAND, 1945, S/P)

Desta forma, o autor acredita que o aprendizado de um criminoso vai além de algo copiado, imitado, sendo uma manifestação de uma necessidade real sua ou valores, chegando até mesmo a comparar a necessidade de praticar crimes como a nossa de respirar.

Sobre isto, Costa (2016, s/p) explica que a origem do termo “colarinho branco” se deu na década de 1930, acrescentando:

O crime do colarinho branco é cometido no exercício da profissão e pode ter consequências tão gravosas como quaisquer outras condutas criminosas. Seus efeitos não são sentidos de forma direta ou imediata pela comunidade como o é, por exemplo, um assalto ou agressão pessoal, mas de forma difusa. São cometidos por poderosos e, muitas vezes, recebem tratamento brando, resultado de um misto de medo, admiração e respeito que os legisladores e o sistema de justiça nutrem por essas figuras. (COSTA, 2016, S/P)

A Teoria da Associação Diferencial nos remete a um ponto principal de discussão, explicando a inferência das normas positivadas no comportamento do ser humano e observando que alguns sistemas podem fomentar o comportamento divergente ao esperado pela sociedade, por reconhecer que se trata de um ato mais vantajoso para si próprio.

Prado (2018, s/p) explica que:

Essa teoria é chamada de associação diferencial, pelo fato de que os princípios do processo pelo qual se desenvolve o comportamento criminoso são os mesmos do processo através do qual se desenvolve o comportamento legal, sendo uma associação com pessoas que se empenham no comportamento criminoso sistemático, tudo num processo de aprendizagem (learning process) onde a conduta criminal é algo que se aprende.

Prado ainda destaca a obra de Sutherland, ressaltando:

A maior contribuição de Sutherland para a criminologia foi a conclusão de que existe um equívoco em se afirmar que as classes pobres é que cometem grande parcela de crimes, o que vai de encontro com as teorias da escola positiva, principalmente nos pontos que a escola ou seus teóricos falam do determinismo social.

A teoria traz implicitamente que o crime não parte somente das classes sociais menos favorecidas - contrariando as ideias sustentadas pela Escola Positivista - mas também emerge no seio das classes mais favorecidas. (PRADO, 2018, S/P)

Segundo estudos acerca do desenvolvimento moral humano o psicanalista Erik Erikson diz que, “a soma das experiências individuais e as oportunidades institucionais formam o que ele chama de repertório identificatório” (ERIKSON apud MOREIRA, 2019). Todos somos capazes de possuir um sentimento de segurança, desde que estejamos inseridos em um ambiente no qual nossos responsáveis tenham condições de promover experiências e os elementos necessários para o pleno desenvolvimento de nossas habilidades sociais, emocionais e cognitivas. Porém, não depende tão somente da boa vontade de nossos cuidadores, mas também de competências afetiva e recursos institucionais, que estão intrinsecamente ligados às condições materiais da existência.

O artigo 227 da Constituição Federal aponta que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido Teixeira (1992, s/p) considera que não adianta “o Estado ser formalmente edificado sob a noção da dignidade da pessoa humana se ele próprio, na prática, não proporciona os meios e as condições para que os cidadãos exerçam o seu direito de serem dignos”.

Para que o indivíduo possa tomar decisões permanentes em sua vida é essencial que

primeiramente ele tenha acesso a diferentes formas de direitos humanos, fazendo com que o mesmo se reconheça como sujeito produtivo e passe a ter estima social. Podemos correlacionar esse conceito também no que tange a expressão da identidade no espaço público, sendo algumas delas institucionalizadas, outras marginalizadas, tornando-se parâmetro pelos quais pessoas são excluídas de algumas oportunidades. Em decorrência disto, sujeitos que não conseguem atingir este êxito de oportunidades materiais e sociais, a vida dos mesmos passa a ter uma carga emocional negativa.

4. TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

Trata-se de um modelo de segurança pública com enfoque no enfrentamento a criminalidade. Surgiu na escola de Chicago com James Q. Wilson e Gorge Kelling, tendo seus parâmetros baseados na desordem como influenciadora para o crescente índices de criminalidade (MACHADO, 2020).

A Teoria da Janelas Quebradas se deu por meio de um estudo realizado pela Universidade de Stanford (EUA), cujo experimento consistiu em abandonar dois carros em perfeitas condições em dois locais completamente diferentes em sua população local, um fora abandonado no Bronx, Nova York, onde a população é de baixa renda e se trata de uma área onde ocorre muitos conflitos; o outro fora deixado em Palo Alto, Califórnia, local onde vivem pessoas de alto padrão. Os dois locais de populações totalmente distintas, durante a análise uma equipe, ficou evidente a reação de cada comunidade. O carro deixado no Bronx em pouco tempo passou a ser vandalizado, roubaram peças, como por exemplo, rodas, motor, rádio e espelhos, posteriormente foi destruído quando constatou-se que não teria nada mais de valor para ser furtado (DELGADO, 2020).

O carro que fora deixado em Palo Alto permaneceu intacto por uma semana, tendo um vidro quebrado pelos pesquisadores. O resultado foi surpreendente, pois a população local se viu instigada a vandalizar o mesmo, desencadeando assim o mesmo processo que ocorrera no bairro de classe baixa. Conclui que a pobreza não era a resposta para cometer um ato delituoso, tratava-se de relações sociais (MACHADO, 2019).

Baseando-se nesse experimento e em outras análogas desenvolveu-se a referida teoria, entendendo que o ato delituoso ocorre em maior parte nas zonas onde existe um maior descuido, sujeira e desordem, parecido com o de Gotham City.

Quando uma comunidade demonstra sinais de deterioração e o mesmo não vem a importar a ninguém, autoridades competentes nem a sociedade em geral, fatalmente acarretará no crescimento de delitos. Danielli Xavier Freitas (2015, s/p) explica:

A Teoria das Janelas Quebradas definiu um novo marco no estudo da criminalidade ao apontar que a relação de causalidade entre a criminalidade e outros fatores sociais, tais como a pobreza ou a "segregação racial" é menos importante do que a relação entre a

desordem e a criminalidade. Não seriam somente fatores ambientais (mesológicos) ou pessoais (biológicos) que teriam influência na formação da personalidade criminoso, contrariando os estudos da criminologia clássica.

Nesse sentido, Machado (2019, s/p) completa que:

Nos lugares onde existe o descaso e desinteresse por parte do Poder Público, fatalmente o número de crimes aumenta, diante da sensação de impunidade que surge perante a sociedade, situação que acarreta o sentimento de impotência perante a população regida pela boa-fé e pelo bom convívio social. A referida Teoria traz que a desordem gera a desordem, ou seja, um ambiente bem cuidado possui menor probabilidade do cometimento de atos desordeiros do que um ambiente ausente de cuidados, deteriorado, onde as políticas públicas não se fazem presentes, pois isso incumbe no seio da sociedade o sentimento que “vale-tudo”, contribuindo para a proliferação de condutas desordeiras e criminosas. Para fins ilustrativos dos preceitos da Teoria das Janelas Quebradas, utiliza-se como exemplo a quebra de estátuas em locais públicos. Primeiramente, caso nenhuma medida seja adotada pelas autoridades públicas, logo novos espaços, também terão suas estátuas quebradas. Com isso, o ambiente que antes era visitado pela população para apreciação das estátuas e para momentos de lazer perderá a sua atratividade. O espaço anteriormente bem frequentado passa a ser um ambiente propício para o cometimento de outros atos desordeiros e posteriormente para crimes, onde outras pessoas com interesses afins passarão a frequentar, tendo em vista que a desordem nesse local é algo “comum”.

No filme “Coringa” podemos observar que a sociedade que o rodeia se mostra rude, violenta e intolerante, expressões observadas por Arthur dentro de sua loucura.

Quando convivemos com uma atmosfera mais afetiva e somos validados em nossa singularidade, percebemos que construímos uma personalidade mais passiva. Em contrapartida observa-se que a intolerância desestruturada e a violência pioram o que de fato não está bom, no caso de Fleck a sua doença mental, colocando-o em uma situação desesperada de abandono e exclusão.

Em meio a todo o caos implantado, o protagonista deixa de existir e quem entram em cena é o Coringa, o anti-herói que Ghotan tanto procurava. Em uma das cenas em que a cidade está submersa em violência e o Coringa está sendo preso após matar publicamente seu ídolo, o agora “vilão” acaba sendo libertado por cidadãos, sendo aclamado por todos e nos fazendo observar que não é mais possível identificar quem é o assassino e quem é o povo, já que foram igualados.

Todos nós temos um lado obscuro, sombrio e violento, que ao invés de estancarmos nossas feridas as reproduzimos em outros indivíduos, todos nós almejamos ser vistos de alguma maneira.

Bastou apenas um “motivo” para que uma cidade inteira (Ghotan City) pudesse se rebelar contra tudo e todos e podemos dizer que o Coringa fora a janela quebrada do carro que desencadeou uma série de outros delitos, depois que o primeiro fora cometido.

5. CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A criminologia crítica tem por intuito desmistificar as ideias acerca do desvio social, analisando os processos de criminalização e rotulação das pessoas.

Entende-se que a aplicação da pena deveria ser a última medida a ser tomada, mas situações que necessitam de tal medida (cárcere), mas com uma sociedade que o receberá após sua internação.

Sendo assim passou a estudar sobre o perfil do delinquente, não observando mais tão somente a definição normativa do estado.

Segundo BARATTA, (2002, p. 88):

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo ‘quem é criminoso?’, ‘como se torna desviante?’, ‘em quais condições um condenado se torna reincidente?’, ‘com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?’. Ao contrário os interacionistas, como em geral os autores que inspiram no labelling approach, se perguntam ‘quem é definido como desviante?’, ‘que efeito decorre desta definição sobre indivíduos?’, ‘em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?’ e, enfim, ‘quem define quem?’

Em virtude dos estudos observou-se que o delito não era mais visto como algo imposto, devendo ser levado em consideração os motivos que o fizeram delinquir, para tanto devemos observar o etiquetamento social que ocorriam.

Em meio as análises constataram a existência de um duplo etiquetamento, primário que é relativo a conduta e secundário relativo ao indivíduos, sendo o primário voltada para análise das condutas e comportamentos sociais definidos como crime em virtude do contexto social vigente, o secundário trata acerca da penalização do indivíduos que cometeram delitos, percebeu-se que a penalização não era inerente aos atos praticados, uma vez que possuindo maior poder aquisitivo não ocorria a penalização, justificando que o etiquetamento como criminoso não decorria tão somente da infração penal.

Em virtude de tal fato analisado, fora definido o desvio em duas espécies, sendo estes primários e secundário e secundário.

José Carlos Cunha Muniz Filho e Larissa Teixeira de Oliveira (2014, p. 251) apontam que:

Assim, é sustentado que após o primeiro “etiquetamento” seria iniciado um processo de discriminação social que influenciaram o aprofundamento do desvio e a realização de novas condutas socialmente criminalizadas, resultando em um círculo vicioso de criminalização do sujeito. É, ainda, afirmado que esse processo de marginalização seria produzido e garantido por uma série de instituições: o reformatório, a escola, a família, o hospício e outras instituições que constituiriam um continuum de controle e criminalização social.

Podemos observar que as instituições deveriam efetivamente trazer a paz social, bem como garantir segurança através da confiabilidade que lhe fora imposta, acerca dos infratores.

“Coringa” nos mostra claramente este despreparo estatal tanto para sua mãe, quando se fez necessário, quanto para Arthur Flack de sua infância a sua vida ao ápice em se descobrir Coringa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos compreender que nosso pleno desenvolvimento psíquico está extensivamente correlacionado com as políticas vigentes, com amplo empenho estatal para a construções de políticas públicas que prezem o bem-estar social e a segurança material das famílias, maiores ficam as chances de os indivíduos serem afirmados como sujeitos competentes. Devemos também destacar que a inclusão social é extremamente fundamental para que o indivíduo se sinta pertencente a um grupo social e consecutivamente possa ter respeitabilidade, desenvolvendo assim sua autoafirmação e autoestima.

Vários estudos apontam que a exiguidade de acesso a requisitos materiais de existência e de respeitabilidade tendem a produzir grandes dificuldades, para que as pessoas se autorreconheçam sujeitos competentes.

A falta de respeitabilidade faz com que o indivíduo produza o conhecido no âmbito da psicologia como desamparo aprendido, nesse contexto, o sujeito passa a ter conhecimento de que não possui condições básicas de existência, a percepção de que o indivíduo passa a ter de que nunca será visto como um igual tende a aumentar, bem como as possibilidades de que o mesmo venha a desenvolver problemas relacionados a saúde mental.

Ao correlacionar a obra *Coringa*, com todos os estudos acima, podemos analisar que Arthur Flack é consequência de realidade onde as decisões estatais extinguem políticas públicas, desestabilizam famílias e resultam na insegurança material e simbólica dos indivíduos.

Os nossos responsáveis têm a possibilidade de se tornarem competentes em suas funções, desde que tenham o acesso necessário ao amparo estatal e social para desempenharem seu devido papel de proteção, acessando um completo sistema de segurança social que propicie todas essas condições.

No filme podemos ver que a mãe de Arthur Fleck tem consciência de que seu filho está em situação desamparo, porém a mesma não obteve apoio psiquiátrico adequado quando necessário, dificultando assim notoriamente a realização de seu papel maternal de forma adequada.

O protagonista vivencia ataques afrontosos à sua saúde mental, vindo de todos os lados, desde sua mãe, que esconde suas origens, do Estado, que cessa os serviços de cunho psiquiátrico, e não menos importante sofre agressões físicas e verbais dos cidadãos de Gotham, uma vez que o tratam ora com cunho instrumental ora como ser inferior.

Faz-se importante analisar também as situações expostas na trama com nossa realidade atual, uma vez que um homem de cor branca, que sexualmente se intitula como heterossexual chegou ao ápice da loucura, transformando suas ações “fora da lei” em êxtase para o mesmo, o que não sofrem as minorias tais como, afrodescendentes, homossexuais etc, devemos pensar em todas as exclusões que estes também sofrem cotidianamente e quais os impactos trazidos para sua saúde

mental.

Estas considerações não visam justificar tais atos, mas são importantes para promover uma reflexão e conscientização, especialmente no que se refere ao nosso papel enquanto sociedade. O respeito ao próximo, como pessoa digna e cidadão de direitos, a cobrança do Estado quanto à necessidade de zelar pelo bem-estar social de todos, sem distinção, é uma boa direção para que possamos enfrentar de maneira efetiva toda esta problemática abordada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOROCINEMA. **Coringa**. Disponível em:

<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-258374/creditos/>. Acesso em 01 de abril de 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução a sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BBC BRASIL. **'Coringa': por que a violência do filme sobre vilão do Batman causa polêmica**.

Disponível em: 'Coringa': por que a violência do filme sobre vilão do Batman causa polêmica.

Acesso em 02 de abril de 2020.

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

COSTA, Natália Araújo. Considerações sobre a teoria da associação diferencial. In: Jus, 2016.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49704/consideracoes-sobre-a-teoria-da-associacao-diferencial>. Acesso em 31 de março de 2020.

DELGADO, Fábio. **Teoria das janelas quebradas**. 2020. Disponível em:

<https://medium.com/@fabio.delgado2/teoria-das-janelas-quebradas-8fa4ab0f33a3>. Acesso em 04 de abril de 2020.

FILHO, José Carlos Cunha Muniz; OLIVEIRA, Larissa Teixeira de. **A Formação Do Pensamento Criminológico Crítico Materialista: Da Reação Social À Criminalização Social**. Faculdade de

Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, 2014. Disponível em:

<file:///C:/Users/USUARIO/AppData/Local/Temp/26114-Texto%20do%20artigo-117842-1-10-20150318.pdf>. Acesso em 02 de abril de 2020.

FREITAS, Daniellei Xavier. **Janelas quebradas**: uma teoria do crime que merece reflexão. In: JusBrasil, 2015. Disponível em:

<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/146770896/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflexao>. Acesso em 01 de abril de 2020.

GALVÃO, Pedro. **'Coringa' estreia premiado e sob acusação de incitar violência**. Disponível

em: <https://www.uai.com.br/app/noticia/cinema/2019/10/02/noticias-cinema,251970/coringa-estrela-premiado-e-sob-acusacao-de-incitar-violencia.shtml>. Acesso em 02 de abril de 2020.

MACHADO, Camila Rodrigues. Teoria das janelas quebradas: uma visão jurídica e educacional. In:

Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76860/teoria-das-janelas-quebradas-uma-visao-juridica-e-educacional>. Acesso em 01 de abril de 2020.

MOREIRA, Adilson. **Coringa**: o desamparo estatal e a produção social da loucura. In: Carta Capital, 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniaao/coringa-o-desamparo-estatal-e-a-producao-social-da-loucura/>. Acesso em 06 de abril de 2020.

NORMALIZAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE MONOGRAFIAS/TC E ARTIGOS CIENTÍFICOS. Toledo Prudente Centro Universitário. Presidente Prudente, 2020. Disponível em: <https://toledoprudente.edu.br/sistemas/anexos/paginas/181-Manual%20de%20Normaliza%C3%A7%C3%A3o%20-%202020.pdf>. Acesso em 07 de abril de 2020.

PRADO, Rodrigo Murad do. **No que consiste a teoria da associação diferencial?** In: Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-associacao-diferencial/>. Acesso em 01 de abril de 2020.

SUTHERLAND, Edwin H. **The criminal personality**: a profile for change, 2004.

SUTHERLAND, Edwin H. **'White Collar Crime' Crime?** American Sociological Review, Washington, v. 10, n. 2, 1945.

ANEXOS

ANEXO 1: Ficha Técnica do filme "Coringa"

SINOPSE E DETALHES

Não recomendado para menores de 16 anos

Em *Coringa*, Arthur Fleck (Joaquin Phoenix) trabalha como palhaço para uma agência de talentos e, toda semana, precisa comparecer a uma agente social, devido aos seus conhecidos problemas mentais. Após ser demitido, Fleck reage mal à gozação de três homens em pleno metrô e os mata. Os assassinatos iniciam um movimento popular contra a elite de Gotham City, da qual Thomas Wayne (Brett Cullen) é seu maior representante.

Título original	Joker
Distribuidor	WARNER BROS.
Ano de produção	2019
Tipo de filme	longa-metragem
Curiosidades	3 curiosidades
Bilheteria no Brasil	9 881 503 entradas
Orçamento	\$55,000,000
Idiomas	Inglês
Formato de produção	-
Cor	Colorido
Formato de áudio	-
Formato de projeção	-
Número Visa	-

Fonte: AdoroCinema

ANEXO 2: Ficha Técnica do filme “Coringa”

ROTEIRO

Roteirista	Todd Phillips
Roteirista	Scott Silver

TRILHA SONORA

Compositora	Hildur Guðnadóttir
-------------	---------------------------

PRODUÇÃO

Produtor	Todd Phillips
Produtor	Bradley Cooper
Produtora	Emma Tillinger Koskoff
Produtor Executivo	Michael E. Uslan
Produtor Executivo	Walter Hamada
Produtor Executivo	Aaron L. Gilbert
Produtor Executivo	Joseph Garner
Produtor Executivo	Richard Baratta
Produtor Executivo	Bruce Berman

Fonte: AdoroCinema

ANEXO 3: Direção e elenco principal do filme Coringa

DIREÇÃO



Todd Phillips

ELENCO



Joaquin Phoenix
Personagem : Arthur
Fleck / Coringa



Robert De Niro
Personagem : Murray
Franklin



Zazie Beetz
Personagem : Sophie
Dumond



Frances Conroy
Personagem : Penny
Fleck



Brett Cullen
Personagem : Thomas
Wayne



Shea Whigham
Personagem : Detetive
Burke



Bill Camp
Personagem : Detetive
Garrity



Douglas Hodge
Personagem : Alfred
Pennyworth

Fonte: AdoroCinema

CRIMINALIDADE E GÊNERO: ANÁLISE DO CONTROLE SOCIOPENAL SOBRE AS MULHERES PRESAS POR TRÁFICO DE DROGAS

Luiza Martins de SOUZA¹
Vitória Aguiar SILVA²

RESUMO

O presente artigo visa analisar a relação entre mulher e crime, bem como também a evolução do estereótipo de mulher criminosa, suas implicações sociais e especificamente o tipo penal que mais prende mulheres no mundo: o tráfico de drogas. Utilizou-se o método dedutivo, partindo da premissa maior sobre a participação da mulher no crime e do controle sociopenal exercido sobre ela, para a específica, destrinchando questões sobre o crime mais cometido por mulheres: o tráfico de drogas. O objetivo do trabalho é analisar a evolução dos estudos entre crime e gênero, bem como também o controle social e penal que a mulher sofre ao se tornar criminosa, sob o ponto de vista do crime que mais prende mulheres. Em suma, diante das análises sobre o controle sociopenal e a participação da mulher no crime de tráfico de drogas, há a necessidade de uma criminologia feminista que olhe o crime e a mulher criminosa sob uma perspectiva de gênero, tratando-a não como objeto, mas sim sujeito de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia feminista. Encarceramento. Lei de Drogas. Tripla sentença. Mulas.

ABSTRACT

This article aims to analyze the relationship between women and crime, as well as the evolution of the stereotype of criminal women, their social implications and specifically the criminal type that most detains women in the world: drug trafficking. The deductive method was used, starting from the major premise on the participation of women in crime and from the socio-personal control exercised over her, to the specific one, unraveling questions about the crime most committed by women: drug trafficking. The objective of the work is to analyze the evolution of studies between crime and gender, as well as the social and penal control that women suffer when they become criminals, from the point of view of the crime that most detains women. In short, in the face of analyzes on socio-criminal control and the participation of women in the crime of drug trafficking, there is a need for feminist criminology that looks at crime and criminal women from a gender perspective, treating them not as objects, but subject of rights.

KEYWORDS: Feminist Criminology. Incarceration. Drug Law. Triple sentence. Mules.

INTRODUÇÃO

-
- 1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pesquisadora com ênfase em Direito, Gênero, Feminismos, Criminologia Feminista e Necropolítica Trans. Estagiária voluntária do Gabinete da Vara Criminal da Comarca de Jacarezinho.
 - 2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pesquisadora com ênfase em Direito, Gênero, Feminismos, e Criminologia Feminista. Monitora do Núcleo de Prática Jurídica da UENP.

A mulher, desde os primórdios da história brasileira, era deixada de lado como uma mera coadjuvante. A ela era atribuída apenas a vida privada, isto é, os afazeres domésticos e os cuidados dentro de casa. Nesse sentido, durante muito tempo a mulher era tratada como mero objeto, sendo tirado dela a autonomia de escolha de sua vida.

Para a Criminologia não foi diferente. Durante muito tempo a mulher foi tratada como objeto, e principalmente porque entendia-se que “mulher” e “crime” não se relacionavam, isto é, que as mulheres não cometiam crime. Nesse sentido, a mulher era tratada como invisível, não sendo sujeita de direitos, muito menos agente do crime, tornado a ser protagonista apenas no final dos anos 90 com o “surgimento” e discussão de uma Criminologia Feminista.

Isto posto, com o advento da Criminologia Feminista, a mulher passou a ser tratada como sujeito de direitos, mesmo que esses direitos estejam relacionados ao crime e cárcere. A Criminologia Feminista, nesse sentido, analisa e estuda a participação da mulher no crime sob uma epistemologia feminista, isto é, colocando a mulher como objeto de estudo, levando-se em consideração toda carga histórica patriarcal, de que o principal crime em si é ser mulher e criminosa.

A epígrafe acima, escrita por Patrícia Galvão, popularmente conhecida por Pagu, exemplifica a realidade entre crime e gênero. A mulher dentro do ambiente da criminalidade será terá uma pena a mais por ser mulher e estar em um ambiente socialmente entendido como masculino. Isto é, a mulher sempre cometerá o crime de ser divergente e carregar consigo mesma a carga histórica de ser criminosa em uma sociedade patriarcal.

Nesse sentido, levando-se em conta a Criminologia Feminista, o presente trabalho analisará a relação de mulher e crime, bem como também o controle sociopenal que a sociedade faz com as mulheres criminosas, especificando para o crime de tráfico de drogas (crime pelo qual mais prende mulheres no Brasil atualmente).

No primeiro capítulo, portanto, será abordado as diferentes concepções construídas ao longo do tempo sobre a mulher criminosa, isto é, fazendo-se uma analogia à figura socialmente construída de mulher “bruxa”. No segundo capítulo será abordado o controle sociopenal sofrido pela mulher criminosa, isto é, os mecanismos que a sociedade, formal e informalmente, controlam a vida da detenta. No terceiro capítulo será analisado a questão do crime que mais prende mulheres no Brasil: o tráfico de drogas, sob a perspectiva da tripla sentença acometida: ser mulher, criminosa e estar em um ambiente socialmente masculino.

Em suma, o presente trabalho utilizará a metodologia dedutiva, partindo da premissa geral da participação da mulher no crime e do controle sociopenal exercido sobre ela, para a específica, analisando o tipo penal que mais prende mulheres no Brasil: o tráfico de drogas. A bibliografia

utilizada na pesquisa foi de Soraia da Rosa Mendes, intitulada “Criminologia Feminista: novos paradigmas”, bem como também utilizou-se os dados quantitativos do relatório INFOPEN Mulheres (2018).

2. AS BRUXAS DO CRIME: A PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA CRIMINOLOGIA SOB O CONTEXTO HISTÓRICO

O crescimento da população carcerária feminina é um fenômeno que aponta a necessidade de estudos que considerem as perspectivas de gênero dentro do cárcere, garantindo que a mulher encarcerada não seja apenas um objeto dentro do sistema prisional, mas sim um sujeito de direitos. Diante dessa realidade, surge a necessidade de se pensar e estudar a criminologia sob uma perspectiva de gênero, com o objetivo de tornar a mulher protagonista de seus próprios estudos, seja na questão jurídica, sociológica ou psicológica dentro do crime. Sob esse ponto de vista, o presente capítulo analisará a evolução histórica dos processos de criminalização da mulher, bem como também analisar os diferentes estereótipos de mulher criminosa.

Durante muito tempo, por a mulher ter sua vida atrelada à esfera privada, e com isso, o crime não era considerado algo essencialmente para “mulher”, isto é, para a sociedade apenas homens cometiam crimes. Nesse sentido, o começo da caracterização da mulher como criminosa relaciona-se à questão religiosa, como sendo a mulher criminosa àquela que não respeita os preceitos religiosos.

Uma ordem fincada no ideal de família, de uma moral cristã, que unida a tantos fatores sociais vigentes na época colaboraram para a dicotomia, herdada até os dias atuais entre homem e mulher, o que é ou não feminino. Esta ordem foi estabelecida desde momentos anteriores em algumas sociedades, porém recebeu uma roupagem moralista que influenciou diretamente a figura da mulher nos discursos criminológicos que o seguiram. (MARTINS, p. 4).

A figura da mulher criminosa surgiu diante de um contexto histórico de muita repressão religiosa, em que o modelo a ser seguido era o de mulher recatada, religiosa e todas àquelas que não seguissem esse estereótipo eram consideradas infiéis e criminosas. Diante de uma sociedade extremamente religiosa, o crime estava relacionado a algo profano e extremamente ligado com a sexualidade feminina. O estereótipo da mulher criminosa foi construída como sendo infiel, vaidosa, viciosa, sendo atribuída a imagem de “bruxa” à mulher independente e que não seguia o modelo postulado pela Igreja Católica.

Embora a ciência tenha rompido com a Igreja, a moral cristã relacionada à sexualidade permaneceu nas entrelinhas, facilmente percebida nos discursos criminológicos. Discursos, estes que fi zeram uso também do discurso médico e psicanalítico acerca da sexualidade e das diferenças entre masculino e feminino, sendo transmitido entre gerações e participando da formação cultural assimétrica que impõe estereótipos relacionados a papéis sexuais (SILVA, 1983).

A primeira classificação de mulher criminosa, nesse sentido, foi a figura de “bruxa”. A primeira bibliografia acerca dessa questão foi escrita em 1484, intitulado “O Martelo das Feiticeiras³”, tendo como assunto principal métodos e formas de aplicações de penas. Conforme discorre o próprio livro, as mulheres eram comparadas aos demônios, fato pelo qual se deu como justificativa, na época, para a extrema punição contra mulheres que eram acusadas de “bruxaria”.

[...] e como as mulheres estão essencialmente ligadas à sexualidade, elas se tornam as agentes por excelência do demônio (as feiticeiras). E as mulheres têm mais convivência com o Demônio “ porque Eva nasceu de uma costela torta de Adão, portanto, nenhuma mulher pode ser reta” (Parte I, questão VI). (KRAEMER; SPRENGER, 2017, p. 19).

Esse tipo de pensamento ensejou em inúmeras arbitrariedades ao longo da história, resultando a morte de milhares de mulheres, baseando-se em tortura e delações. As mulheres, nesse sentido, eram consideradas serem inferiores, sendo retratadas ao longo da obra como seres mais propensos à bruxaria, criando o estereótipo de mulher como bruxa.

Vamos nos deter por ora, no problema das mulheres; e, em primeiro lugar, tentaremos explicar por que essa perfídia é mais encontrada nas pessoas do sexo frágil e não em homens. Nossa primeira indagação será de caráter geral, quanto às condições gerais das mulheres; a segunda será particular quanto ao tipo de mulher que se entrega à superstição e à bruxaria; e por fim, a terceira, específica às parteiras, que superam todas as demais em perversidade. (KRAEMER; SPRENGER, 2017, p. 90).

Essa inferioridade atribuída às mulheres, mostrava-se com tons de claro desprezo à condição feminina e ao respeito as mulheres, que eram consideradas meras reprodutoras, com suas funções estritamente ligadas a maternidade, um dos motivos, segundo enfatizado pelos inquisidores na obra, de serem mais suscetíveis as tentações dos demônios, devendo, portanto, responder por esses atos. (ABIKO, 2019).

Com o decorrer do tempo a figura de mulher criminosa foi mudando, acompanhando a evolução da sociedade. Com a ascensão da burguesia no século XIX houve a necessidade de se aumentar o controle social designado a grupos considerados inferiores como às mulheres. Nesse contexto, surge Cesare Lombroso⁴ e Guglielmo Ferrero⁵ com a obra “A mulher delinquente: a prostituta e a mulher normal”, teóricos que se empenharam em provar a inferioridade feminina, apontando inúmeras deficiências femininas (sob o ponto de vista deles).

Emergiram, então, as figuras do homem médio e da mulher honesta. O primeiro seria aquele que acata os pactos sociais e não comete delitos. Em sua versão feminina, a chamada mulher honesta teria seu estereótipo pautado na maternidade e na fidelidade, recato e virgindade, com uma sexualidade condizente com a sua idade e estado civil. Corresponde dizer que a mulher honesta representa o polo oposto da prostituta (SILVA, 1983).

3 O “Martelo das Feiticeiras” é um livro publicado entre 1486 a 1487, na Alemanha, por dois dominicanos, Heinrich Kraemer e James Sprenger, em cumprimento à bula papal ‘Summis Desiderantis Affectibus’. O livro foi escrito discorria sobre práticas para combater os hereges, tornando-se um guia para a Inquisição.

4 Cesare Lombroso foi um psiquiatra, cirurgião, higienista, criminologista, antropólogo e cientista italiano. Lombroso foi um professor universitário e criminologista italiano e durante sua vida acadêmica estudou a mente criminosa. Entre seus livros estão *L'Uomo Delinquente* (1876; "O Homem Criminoso") e *Le Crime, Causes et Remèdes* (1899; O Crime, Suas Causas e Soluções).

5 Guglielmo Ferrero foi um sociólogo, historiador, romancista italiano e discípulo de Cesare Lombroso, continuando seu positivismo. Uma de suas principais obras é “Grandeza e decadência de Roma”, publicada entre 1901 e 1907.

Durante os estudos, os autores buscaram estudar as mulheres consideradas “normais” no intuito de analisar àquelas consideradas desviantes, compostas por prostitutas e criminosas. Assim, a mulher com tendências ao delito não mais foi apontada por seu gosto por vícios, mas pela existência de um germe criminoso em si, variante conforme os fatores criminógenos envolvidos que a impelia, também, aos vícios (MARTINS, p. 6-7). Diante dessa realidade, Lombroso e Ferrero dividiram as mulheres em três categorias: as criminosas natas, as criminosas por ocasião e as criminosas por paixão.

A criminosas natas eram aquelas consideradas o tipo mais perverso, com grande quantidade de caracteres degenerativos. Apesar de terem “defeitos genéticos”, eram as mulheres que mais se aproximavam das características masculinas, isto é, demonstravam comportamento mais violento que os homens. As criminosas por ocasião eram consideradas portadoras de características femininas, porém de forma dissimulada, uma vez que demonstravam tendência delituosa em graus variados. As criminosas por paixão, nesse sentido, eram aquelas que agiam de acordo com a intensidade de suas paixões, como por exemplo a figura da prostituta.

Para este discurso, a figura da prostituta seria a de uma mulher dada a vícios, a paixões, à preguiça, com um alto grau de reincidência, pois não usufruiria da prisão para se reeducar, preferindo continuar com uma vida de imoralidade, não se limitando apenas à prostituição e à troca constante de amantes, mas cometendo diversos delitos (LOMBROSO, 2001[1876]).

Cumprido ressaltar que a prostituição encontra-se historicamente relacionada a um comportamento de transgressão e ameaça à família. Nesse sentido, Zaffaroni (2005) afirma que a prostituta seria o equivalente ao homem criminoso por ter em seus comportamentos uma periculosidade maior que os tipicamente considerados femininos.

Diante dessa realidade, Lombroso e Ferrero não levaram em conta as questões culturais que englobam a vida da mulher, motivo pelo qual às ideias perpassadas por eles continuam impactando a vida das mulheres criminosas. Nesse sentido, salienta-se que a mulher criminosa, em si, não carrega o peso apenas do crime cometido, mas também todo o julgamento e carga histórica de uma sociedade patriarcal.

3. O CONTROLE SOCIOPENAL E A MULHER CRIMINOSA

A criminalidade feminina engloba questões além da esfera jurídica, isto é, uma mulher se torna criminosa por diversos fatores como falta de oportunidades, pelo fato de serem esposas de homens envolvidos com o tráfico e, na grande maioria das vezes, por receberem propostas econômicas acima da realidade vivida por elas, como o caso das mulas do tráfico. No presente capítulo busca-se analisar o controle informal que a sociedade em si faz sobre a mulher criminosa, bem como também o controle penal em o ordenamento jurídico, por ser naturalmente masculinista,

faz com a mulher.

A criminalidade feminina, conforme é exposta nos dias de hoje, reflete a dominação masculino-opressora social. O crime representa um dos diversos fenômenos sociais existentes e, como tal, também reproduz e se constrói a partir de estruturas engendradas. Não é sem razão que as mulheres ocupam posições secundárias na criminalidade, como por exemplo, exercendo o papel de “mula” no tráfico de drogas. Existe uma lógica por trás do simples fato de a mulher adentrar no mundo do crime, em grande parte, em uma posição de menor grau, sendo utilizada como isca e ainda punida por um Direito machista e excludente, a partir do qual, antes de “se pagar” pelo crime em si, “paga-se” por ser mulher e ir de encontro ao estereótipo social de delicadeza e recato. (SANTIAGO, p. 39, 2018).

A mulher, ao adentrar ao mundo do crime, não é só é punida apenas por ter cometido o fato típico, mas também por ser mulher, isto é, diante de uma sociedade patriarcal com um ordenamento jurídico masculinista o maior crime de todos é de ser uma mulher criminosa. Dentro de um ordenamento jurídico misógino, essa desigualdade perpetua-se através de um controle informal e invisível, isto é, mecanismos sociais que controlam a vida da mulher desde seu nascimento até os motivos que a levaram a cometer crime, bem como também até a execução de sua sentença.

Para Vera Regina Pereira Andrade (2007), entende-se por controle social as formas em que a sociedade responde, informal ou formalmente, a comportamentos e a pessoas que contempla como desviante, de uma forma ou de outra, e nessa relação classifica e estigmatiza o próprio desvio e a criminalidade como uma forma específica dele.

Daí a distinção entre controle social informal ou difuso e controle social formal ou institucionalizado. A unidade funcional do controle é dada por um princípio binário e maniqueísta de seleção; a função do controle social, informal e formal, é selecionar entre os bons e os maus os incluídos e os excluídos; quem fica dentro, quem fica fora do universo em questão, sobre os quais recai o peso da estigmatização. (ANDRADE, 2007, p. 77).

Nesse sentido, pode-se dizer que o controle informal como família, religião, mercado de trabalho e o controle formal como o ordenamento jurídico, alimentam entre si a desigualdade para perpetuar e legitimar a subordinação das mulheres. Isto é, a mulher entra no mundo do crime devido a inúmeros fatores e controles sociais informais, e ao adentrar no cárcere e ter sua sentença ela visualiza um controle formal perpetuando as desigualdades que a levou ao crime.

Nesse sentido, surge o fato de que a punição para a mulher criminosa é muito maior que a punição do homem criminoso. A mulher, ao receber o status de “criminosa” carrega um estigma social totalmente diferente do homem. Só para ilustrar, na grande maioria das vezes, as mulheres privadas de liberdade ao começarem a cumprir a pena perdem o contato com a família, fato que não ocorre com os homens. Cumpre ressaltar que enquanto o homem privado de liberdade tem o respaldo da esposa e família, as mulheres privadas de liberdade são abandonadas, passando necessidades básicas e enfrentando a solidão de viver em um ambiente masculinista.

Sob esse ponto de vista, pode-se considerar que o direito penal é um sistema de controle das relações de propriedade, moral, trabalho, e conseqüentemente o sistema de controle dirigido

para mulher é o informal, ou seja, aquele que se realiza na família, por exemplo. Conforme discorre Soraia da Rosa Mendes (2017), não é possível analisar os processos de criminalização e vitimização das mulheres sem que se leve em conta crenças, condutas, atitudes e modelos culturais (informais), bem como também as agências punitivas estatais (formais). A análise dos processos de criminalização e vitimização das mulheres exige esta dupla tarefa.

No que tange ao processo formal de dominação sobre a vida da mulher criminosa está o fato de que o direito, como campo de disputa, ser um ambiente masculinista. Para Carol Smart (1999), o direito pode ser considerado sexista e masculino. É sexista pois ao diferenciar homens e mulheres, o direito discrimina as mulheres, não dando para elas oportunidades iguais e não reconhecendo muitas vezes a violência que é praticada contra elas. O direito pode ser considerado masculino pois opera a partir de critérios masculinos, isto é, sob a perspectiva masculina.

Em comparação com o ponto de vista anterior (direito sexista) essa análise sugere que, quando um homem e uma mulher estão perante o direito, não é que o direito falhe em ao aplicar critério objetivos quando decida um assunto feminino, mas que a aplicação da “objetividade” jurídica é masculina. Insistir na igualdade, na neutralidade e na objetividade é, ironicamente, aceita que as mulheres sejam julgadas por valores masculinos. (SMART, 1999, p. 189).

Os processos de dominações formais e informais influenciam nas questões que levam a mulher a cometer o crime, bem como também com sua punição e execução da pena. Os motivos que levam a mulher a ser presa por tráfico de drogas, por exemplo, ultrapassam questões financeiras. As mulheres, nesse tipo penal, se envolvem com o crime por serem companheiras de homens envolvidos e, na grande maioria das vezes não ocupam os cargos de chefia no tráfico, sendo apenas “meros” objetos de transporte, como se abordará no capítulo seguinte.

4. RETRATOS DE UMA TRIPLA SENTENÇA: A REALIDADE DA MULHER PRESA POR TRÁFICO DE DROGAS

O sistema patriarcal, o qual perpetua a dominação dos homens em relação às mulheres, tratam as mulheres como seres de segunda classe, ocasionando consequências na área privada (dentro de casa, muitas mulheres são subordinadas aos maridos, os pais escolhem com quem ela deve se casar, são voltadas – por opressão masculina – aos cuidados da casa e dos filhos) e pública (mercado de trabalho, questões penais) de suas vidas.

Assim, a mulher já começa num patamar de vulnerabilidade e inferioridade no mercado de trabalho. Quando elas conseguem um emprego para se sustentar, ainda assim, diversas vezes, recebe salário inferior ao dos homens. Segundo a tese “Mulheres no cárcere: questões de gênero e seus respectivos reflexos no sistema prisional”, de Juliana de Mello Bontempo (2018.1, p. 22), entre o período de 2000 e 2010, a renda média da mulher no ano de 2000 era R\$939,10, enquanto do

homem R\$ 1.422,30. Em 2010, a da mulher era R\$ 1.059,30 e o homem R\$ 1.470,73. Dez anos se passaram e ainda existe desigualdade de gênero no mercado de trabalho, visto que a renda média da mulher continua sendo menor que a dos homens no de 2000.

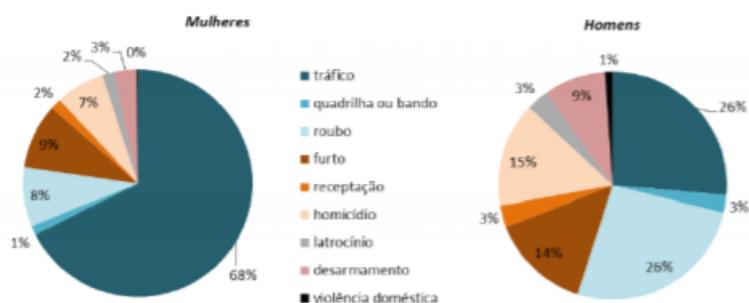
Além disso, as mulheres dedicam mais tempo aos afazeres domésticos e, na grande maioria das vezes, cuidado com os filhos. Uma vez que muitas mulheres são e tem obrigações maternas com os filhos. Ambos devem ser levados em consideração sobre a divisão sexual do trabalho. Acarretando, assim, a feminização da pobreza, entendida como “uma mudança nos níveis de pobreza partindo de um viés desfavorável às mulheres ou aos domicílios chefiados por mulheres”, (MEDEIROS; COSTA, 2008, p. 1).

Com isso, acabam por (serem obrigadas) a optar por um mercado informal de trabalho, uma vez que o mercado formal de trabalho é, na maioria das vezes, inacessível às mulheres, em especial as mulheres pobres e negras, levando em consideração a interseccionalidade entre gênero raça e classe.

Contudo, há uma linha tênue entre trabalho informal legal e ilegal. “A decisão da mulher por participação em atividades criminosas é, assim, fruto da vulnerabilidade de gênero a qual ela está intrinsecamente submetida”, (SOUZA, 2005, p. 18) O tráfico de drogas deixa de ser uma condição atípica e passa a ser visto como uma oportunidade lucrativa de trabalho e de sobrevivência. Além de ser possível conciliar os afazeres domésticos, os cuidados com os filhos e a produção de renda para o sustento familiar.

Por essas e outras que o crime que mais encarcera mulheres no Brasil é o tráfico de drogas, segundo dados do INFOPEN Mulheres (2018), o tráfico de drogas representa 62% das incidências penais que mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento. Entre as tipificações relacionadas ao tráfico de drogas, o crime de Associação para o tráfico corresponde a 16% das incidências e o crime de Tráfico internacional de drogas responde por 2%, sendo que o restante das incidências se refere a tipificação de Tráfico de drogas, propriamente dita. (INFOPEN, p. 53, 2017).

Gráfico 9 – Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade no Brasil



(BONTEMPO, 2018.1, p. 39)

No que se refere ao Brasil em questão, este possui mais um recorde para se envergonhar: é o quarto país no mundo que mais encarcera mulheres (BONTEMPO, 2018.1, p. 32), vale ressaltar que a Lei de Drogas ajudou no aumento do número de mulheres encarceradas.

Tabela 3 – Informações prisionais dos doze países com maior população prisional feminina do mundo (2017)

País	População prisional feminina	Porcentagem da população prisional total	Taxa de aprisionamento (por 100 mil habitantes)
Estados Unidos	211.870	9,8	65,7
China	107.131	6,5	7,6
Rússia	48.478	7,9	33,5
Brasil	44.700	6,9	21,7
Tailândia	41.119	13,3	60,7
Índia	17.834	4,3	1,4
Filipinas	12.658	8,9	12,4
Vietnã	11.644	10,1	12,3
Indonésia	11.465	5,5	4,4
México	10.832	5,2	8,8
Myanmar	9.807	12,3	17,9
Turquia	9.708	4,3	12,1

*Dado incompleto: referente somente às presas condenadas.
Fonte: Elaboração própria a partir dos últimos dados disponíveis de cada país com base no *World Female Imprisonment List* de 2017 (baseada na tabela já existente no InfoPen Mulheres 2014, porém atualizada).

(BONTEMPO, 2018.1, p. 33)

Assim, traz à tona a problemática do encarceramento em massa no Brasil. Além de ser uma questão criminológica, também é uma questão do econômica e do Estado, o qual não possui planejamento e políticas públicas voltadas para as mulheres que precisam se submeter à situações que acabam levando-as para dentro do cárcere. O perfil da mulher encarcerada no Brasil é: Jovem (50%), negra (68%), solteira (57%), de baixa escolaridade (62%), cometeu crime de tráfico de drogas (68%), (BONTEMPO, 2018.1, p. 40/41).

A partir do momento que adquirimos consciência de que a guerra às drogas é uma guerra contra as mulheres, sobretudo às mulheres negras e de baixa renda, entendemos que a medida mais urgente a se tomar é a discussão e reformulação da política de drogas, assim como a implementação de políticas públicas voltadas a este perfil. (BONTEMPO, 2018.1, p. 29)

4.1. Mulheres “descartáveis” dentro do tráfico: as mulas

No que tange às sentenças judiciais, o tráfico de droga é o principal crime pelo qual as mulheres são condenadas. Cumpre ressaltar que na grande maioria das vezes, as mulheres não ocupam os altos cargos do tráfico, sendo objetificadas para o mero transporte da droga. Por outro lado, das mulheres presas por este crime, um número ínfimo apresenta um status de comando dentro de uma organização criminosa. Ou seja, na maioria esmagadora, estas mulheres não são chefes de quadrilha, nem mesmo ocupam funções importantes dentro destas. Elas são mulas, e muito delas, meros meios de transporte de drogas para o interior dos presídios para suprir as necessidades de maridos e companheiros (MENDES, p. 168, 2017).

Mesmo dentro do tráfico de drogas há reflexos da desigualdade de gênero de uma sociedade machista e patriarcal. O crime representa um dos diversos fenômenos sociais existentes e, como tal, também reproduz e se constrói a partir de estruturas engendradas. Com isso, as mulheres acabam atuando em posições de subalternas - empacotando, guardando e transportando as drogas. Não é sem razão que as mulheres ocupam posições secundárias na criminalidade, como por exemplo, exercendo o papel de “mula” no tráfico de drogas. (SANTIAGO, p. 38).

Nesse sentido, dentro da própria seara da criminalidade, as mulheres entram no mundo do crime porém não ocupam os cargos de chefia dentro das organizações criminosas. Assim, competem à mulher os trabalhos de maior risco e menor remuneração, sendo essa divisão de poderes expressamente desiguais, pautando-se em critérios de gênero. A mulher, ao ser utilizada como “mula” corre mais risco de ser presa do que o grande traficante, que geralmente é homem. A condição feminina de subjugação dentro das redes de tráfico é o principal argumento para a criação de uma política pública que diferencie de maneira adequada a figura da “mula” das outras categorias de traficantes. (ITTC, p. 10).

A participação em tarefas menos complexas, em postos de menos prestígio, pagando menor capital e de maior risco de captura são exemplos de como as mulheres são utilizadas como figuras meramente descartáveis no comércio de drogas. (RAMOS, p. 56)

Segundo a pesquisa de Maria Juruena, intitulada “Porta fechada, vida dilacera – mulher, tráfico de drogas e prisão: estudo realizado no presídio feminino do Ceará”, 81,4% das mulheres presas confirmaram trabalhar em postos de menor relevância, como mula, vendedora retalhista e pião. 56,1% dessas mulheres concentram-se na função de mula, avião e pião e 18,7% atuam como vendedora retalhista.

Em muitos casos, as mulas são usadas como iscas fáceis para atrair a atenção da polícia enquanto o verdadeiro carregamento de drogas chega ao destino. É a chamada “cortina de fumaça”. Pela pequena quantidade de drogas que carregava, Romina foi provavelmente contratada, desde o começo, para ser pega. Os próprios aliciadores devem tê-la denunciado e se aproveitado da mobilização em torno de sua captura. (QUEIROZ, 2020, p. 159).

As mulas são sempre meras intermediárias, meros instrumentos de transporte da droga, e

não podem ser comparadas nem mesmo aos “aviões” do tráfico, pois não participam da divisão de tarefas e nem mesmo tentam em algum momento vender a droga propriamente. Nesse sentido, as mulheres são tratada como meros objetos, além de serem consideradas extremamente descartáveis, uma vez que elas correm o risco de transportar a droga.

4.2. Mulheres dentro do cárcere: violência patriarcal e institucional

O patriarcado é um dos responsáveis pelo fato da mulher ser vista como um sujeito “não praticante” de crimes, pois o lugar dela na sociedade é dentro de casa, cuidando do marido, dos filhos, dos afazeres domésticos. Assim, ela não teria contato com as condições que favorecem a criminalidade masculina. Cometer crime não está dentro do espectro da feminilidade que a sociedade espera da mulher.

A prisão da mulher é uma quebra de expectativa da sociedade perante o exercício do papel feminino esperado. Esta passa ser vista como “transgressora” e a opressão estrutural do patriarcado e toda a violência já vivida em liberdade passa a se perpetuar em diversos aspectos nas próprias instituições prisionais. (BONTEMPO, 2018.8, p., 45)

O direito penal é voltado para o controle penal dos homens, visto que a sociedade patriarcal não espera a conduta criminosa da mulher. O sistema penal é uma forma de controle dos aspectos relacionados a situação socioeconômica, ficando a esfera privado de lado. Assim, o direito penal é voltado para os homens, os quais tem função na esfera trabalhista, e o controle informal é exercido sobre ambos, contudo é mais intenso com as mulheres.

(...) o direito penal é uma forma de controle que se dirige às relações de trabalho produtivo (trabalho, moral do trabalho e a ordem que o garante), enquanto a esfera da vida privada, que diz respeito à reprodução, sexualidade e procriação da família, não é o objeto central do controle penal. O sistema de controle que se dirige ao comportamento da mulher no seu papel de gênero é o informal, realizado na família mediante o domínio patriarcal e, em última instância, o exercício da violência física contra as mulheres. (ARGÜELLO, MARURO, 2012, p. 5)

Ser mulher em uma sociedade patriarcal não é fácil, no entanto, ser mulher em um ambiente socialmente feito para punir homens é um desafio maior ainda. Em junho de 2016, a população carcerária feminina atingiu o número de 42 mil mulheres privadas de liberdade, representando um aumento de 656% em comparação ao início dos anos 2000, segundo pesquisa feita pelo INFOPEN Mulheres.

A vida da mulher, nesse sentido, muda totalmente ao entrar no mundo crime. Diante de um sistema penal e carcerário feito por homens e para homens, a mulher ao assumir o status de “criminosa” simbolicamente assina uma sentença tripla.

Assim, quando o crime é tráfico de drogas, a punição é dada antes mesmo do julgamento e de uma forma mais gravosa, comparada aos outros crimes. A discriminação contra a mulher acusada

de tráfico de drogas está presente ao longo de toda sua trajetória.

Dentro da prisão o outro crime é ser mulher, elas sofrem abandono progressivo, por conta do que a sociedade patriarcal espera sobre o papel apropriado das mulheres e suas responsabilidades. A partir do momento que a prisão é feita, uma série de fatores agravam sua condição, isto é, a privação de liberdade da mulher acaba sendo um mero detalhe diante das outras privações que ela sofre dentro do cárcere.

E, também, a invisibilidade que a mulher sofre como sujeito é universal, até mesmo como sujeito de estudos científicos. Ainda mais as de classe mais baixa, uma vez que não tem como estudar a invisibilidade da mulher e não levar em conta a interseccionalidade entre gênero, raça e classe. Além disso, são rasos os estudos acerca do papel que elas têm na criminalidade.

No que concerne a população feminina encarcerada, a violência sofrida pelas mulheres chega ao extremo. Pois o sistema carcerário não é projetado, pensado, moldado para atender as necessidades especiais e subjetividades das mesmas, tais como ginecologista, tratamentos anticoncepcionais, papel higiênico (elas usam mais do que os homens, pois menstruam), absorventes, remédios específicos, cuidados com as gestantes, violação do direito de permanência de agentes penitenciários exclusivamente do sexo feminino (art. 77, §2º e o 83, §3º, da Lei de Execução Penal), entre outras coisas. Tal instituição não abrange questões de gênero.

Ao adentrar dentro do cárcere, a mulher encontra vários desafios para sobreviver dentro de um ambiente extremamente masculinista, isto é, o sistema penal atual não possui infraestrutura para as necessidades básicas e especializadas que a mulher tem. Juliana Borges, em seu livro “Encarceramento em massa” (2019), explica que a questão de gênero é um ponto marcante quando se leva em questão a punição. Diante dessa realidade, as violações sofridas pelas mulheres, dentro do cárcere, se tornam uma pena a mais na vida da detenta. Falta atendimento médico, falta remédio, falta acompanhamento de pré-natal para as mulheres grávidas, e principalmente, o abandono afetivo que essas mulheres sofrem potencializam todos esses problemas

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. (FRANÇA, 2014, p. 8/9)

Sob o estereótipo patriarcal, a mulher detenta é tratada como submissa de uma ordem social masculinista. A violência institucionalizada é legitimada por uma ideologia sexista, colocando a mulher em último lugar, não sendo considerada um sujeito. Mas o sistema de justiça criminal, em seu braço penal, teve apenas modulações e ações diferenciadas em se tratando de homens e mulheres para aplicar punições, além de termos de levar em conta o Patriarcado como

estrutura que determinou essas diferenciações tanto no encarceramento como, até mesmo, na definição do que seria crime para ambos (BORGES, p. 61).

Dentro de um ambiente masculino, as mulheres são colocadas em segundo plano, como se a vida dentro do cárcere fosse outra punição além da pena em que devem cumprir. Constantemente, as detentas sofrem violações de seus direitos básicos dentro dos presídios, sendo tratadas como objetos criminalizados e não como sujeitos em processo de ressocialização.

O atendimento à saúde é um aspecto que evidencia a discriminação contra a mulher presa. Os serviços básicos de saúde como Papanicolau e mamografia raramente são disponibilizados, além do fato de que as detentas grávidas não possuem acesso a um pré-natal de qualidade, sendo precário os atendimentos.

É fácil esquecer que mulher são mulheres sob a desculpa de que todos os criminosos devem ser tratados de maneira idêntica. Mas a igualdade é desigual quando se esquecem as diferenças. É pelas gestantes, os bebês nascidos no chão das cadeias e as lésbicas que não podem receber visitas de suas esposas e filhos que temos que lembrar que alguns desses presos, sim, menstruam. (QUEIROZ, 2020, p. 19)

A criminologia feminista surge com a necessidade de se estudar o crime e o cárcere sob o ponto de vista da mulher, que não mais vive na esfera privada. A conquista do espaço público pela mulher, nesse sentido, a tornou “sujeito” em todas as esferas sociais. Adotar um 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 (MENDES, p. 158).

Portanto, a necessidade de uma criminologia feminista surge para que não seja mais perpetuada a dominação masculina em nenhuma esfera da vida pública da mulher. Diante dessa questão, não tem como se falar de uma criminologia feminista sem um recorte interseccional, isto é, levando-se em consideração questões de gênero, raça e classe. Uma criminologia que trate a mulher como sujeito de seus estudos, e não como objeto de processos de criminalização.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo, em suma, buscou analisar os diferentes estereótipos atribuídos a mulher criminosa, bem como também os controles formais e informais que a sociedade exerce sobre a mulher com relação ao crime e gênero.

O artigo também traz à tona a problemática de que a Lei de Drogas é uma questão de gênero, a qual foi um grande fator para o aumento do encarceramento em massa das mulheres. Expor a “tripla sentença” a qual a mulher é submetida e como o controle sociopenal interfere na mesma.

A tripla sentença é, em suma, a mulher ser “condenada” três vezes. Primeiro, quando o

crime é tráfico de drogas, a punição é dada antes do julgamento. Uma vez dentro do cárcere, a mulher sofre inúmeras violações, a privação da liberdade acaba sendo a privação, também, de seus direitos básicos e fundamentais. Terceiro, leva-se em consideração a invisibilidade que a mesma sofre como sujeita universais detentoras de direitos e, até mesmo, como sujeitos de estudos científicos, uma vez que a sociedade patriarcal as trata como sujeitos de segunda categoria.

Assim, o controle sociopenal, também conhecido como controle informal, pode ser entendido como respostas negativas que suscitam determinados comportamentos que vulneram normais sociais, que não cumprem as expectativas de comportamento associadas a um determinado gênero ou papel, o qual atua sobre ambos os gêneros, contudo é mais intenso quando se trata das mulheres. restringindo, assim, as suas potencialidades de atuação.

Com isso, as mulheres encontram-se num patamar de vulnerabilidade em todas as áreas de sua vida, inclusive no mercado de trabalho. Na grande maioria das vezes o trabalho informal é inacessível às mulheres, principalmente as negras, de baixa renda e escolaridade, logo, elas caem no mercado de trabalho informal, ganhando misérias. Assim, por questões de sobrevivência, o tráfico de drogas passa a ser uma “válvula de escape” econômica, visto que a grande maioria ocupa cargos baixos e ganham o mínimo para sobreviver com o tráfico de drogas.

Ao adentrar no sistema carcerário, as detentas sofrem infinitas violações, visto que as instituições não são feitas e preparadas para receber as mulheres, não possuem estruturas adequadas e nem atendimentos necessários que abrangem as necessidades e subjetividades únicas e particulares das mesmas.

Diante das inúmeras violações de direitos que a mulher privativa sofre, aliada à sua invisibilidade dentro da própria organização criminosa, surge a necessidade de uma criminologia feminista, que trate a mulher criminosa como sujeito, cujo principal objetivo desta é inserir a mulher por completo na esfera do Sistema Penal.

Sendo assim, é necessário um olhar mais humano e sensível em relação as questões de gênero e as violações físicas, morais, sociais e políticas que as mulheres (privativas de liberdade ou não) sofrem no decorrer de suas vidas. Uma criminologia feminista interseccional é essencial para que as mulheres sejam tratadas como sujeitos de direitos, visíveis, com necessidades específicas e que estas sejam atendidas e respeitadas.

6. REFERÊNCIAS

ABIKO, Paula Yurie. **O Martelo das Feiticeiras e a busca da verdade real no processo penal.** Canal Ciências Criminais. 25 mar. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-martelo-das-feiticeiras/>. Acesso em: 13 out. 2020

ABREU, Rafael Mendonça de. **Breve análise jurídica dos direitos das mulheres encarceradas.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 out 2020. Disponível em: [https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54351/breve-anlise-jurdica-dos-direitos-das-mulheres-encarceradas](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54351/breve-analise-jurdica-dos-direitos-das-mulheres-encarceradas). Acesso em: 13 de out. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A soberania patriarcal:** o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista Direito Público, n. 17, jul.-ago.-set./2007. P. 52-75.

ARGÜELLO, Katie; MURARO, Mariel. **Mulheres encarceradas por tráfico de drogas no Brasil:** as diversas faces da violência contra a mulher. Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão. out, 2015. Disponível em: <<http://andhep.org.br/anais/arquivos/1seminario/GT6.pdf>>. Acesso em: 13 de out. 2020.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa.** Feminismos Plurais. Editora Pólen. 2019

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** Infopen Mulheres – 2º edição. 2018. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 15 set 2020

BONTEMPO, Juliana de Mello. **Mulheres no cárcere: a questão de gênero e seus respectivos reflexos no sistema prisional.** Monografia (Bacharel em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 110. 2018.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Criminalidade e prisão feminina:** uma análise da questão de gênero. Revista Ártemis, v. 18, n. 1, 2014.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Mulheres sem prisão:** desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. São Paulo: ITTC, 2017. Disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/ITTC_MSP_VersaoDigital.pdf. Acesso em: 15 set 2020

KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras, malleus maleficarum,** escrito em 1484 pelos inquisidores. Tradução de Paulo Fróes. 28. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

LARRAURI, Elena. **Mujeres, derecho penal y criminología.** Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

LOMBROSO, C. **O homem delinqüente.** 1ª ed. Itália: s.n., 1876.

MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana. **O que Entendemos por “Feminização da Pobreza.** Centro Internacional da Pobreza, Brasília, 2008.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista:** novos paradigmas. Saraiva Jur. 2ª edição. 2019.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015.

RAMOS, Luciana de Souza. **Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento por tráfico de drogas.** Brasília: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da

Universidade de Brasília. Brasília, 2012. Disponível em:

<<https://repositorio.unb.br/handle/10482/13758>> Acesso em: 13 de out. 2020.

SANTIAGO, Brunna Rabelo. **Encarceramento e Criminologia Feminista: Uma crítica ao patriarcado de “fora” para “dentro”**. Dissertação de Mestrado, Jacarezinho: UENP. 2018.

SANTOS, Carla Adriana da Silva. **Ó Paí, Prezada! Racismo e Sexismo institucionais tomando bonde no Conjunto Penal Feminino de Salvador**. Dissertação de Mestrado, Salvador: UFBA. 2014.

SILVA, I. M. I. da. **Direito ou punição?** Representação da sexualidade feminina no direito penal. 1983. 248 p. Dissertação (Mestrado em Direito) __ Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1983

SMART, Carol. **Law, crime and sexuality: essays on feminism**. London: SAGE Publications, 1999.

SOUZA, S. B.; FEMININA, **Criminalidade. trajetórias e confluências na fala de presas do Talavera Bruce**. Democracia Viva, p. 10-16, 2006.

ZAFFARONI, E. R. Las “clases peligrosas”: el fracaso de um discurso policial prepositivista. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 51, p. 141-168, dez. 2005.

DELITO SUPRAINDIVIDUAL NO DIREITO BRASILEIRO: ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL

Thadeu Augimeri de Goes LIMA¹

RESUMO

O presente artigo se ocupa do delito supraindividual, aqui entendido como a infração penal que tem por objeto de tutela bem jurídico de natureza pública-estatal, difusa ou coletiva, e busca esboçar uma teoria geral dele na perspectiva do Direito brasileiro, com respeito à sua estruturação típica, à ilicitude penal supraindividual, à culpabilidade e sua duplicidade de paradigmas na matéria, conforme o respectivo sujeito ativo seja pessoa natural ou jurídica, e à punibilidade. O trabalho apresenta reflexão dogmática e crítica, utiliza preferencialmente os métodos indutivo e sistemático e parte de referenciais teóricos jurídico-penais com inspirações sociológicas, criminológicas, político-criminais e constitucionais que preconizam a legitimidade do Direito Penal Supraindividual, desde que respeitados os critérios da dignidade penal e da carência de tutela penal do bem jurídico supraindividual e resguardado o caráter de *ultima ratio legis* da intervenção estatal punitiva.

PALAVRAS-CHAVE: Delito supraindividual. Estruturação típica. Ilicitude penal supraindividual. Culpabilidade. Punibilidade.

RIASSUNTO

Questo articolo tratta del reato sovraindividuale, qui inteso come la infrazione penale che ha per oggetto di tutela bene giuridico di natura pubblica-statale, diffusa o collettiva, e cerca di delineare una teoria generale di esso nel Diritto brasiliano, rispetto alla strutturazione della fattispecie, alla antiggiuridicità penale sovraindividuale, alla colpevolezza e sua duplicità di paradigmi in questa materia, a seconda che il rispettivo soggetto attivo sia una persona naturale o giuridica, e alla punibilità. L'opera presenta riflessione dogmatica e critica, utilizza preferibilmente i metodi induttivo e sistematico e parte di riferimenti teorici giuridico-penali con ispirazioni sociologiche, criminologiche, politico-criminali e costituzionali che sostengono la legittimità del Diritto Penale Sovraindividuale, fintanto che vengono rispettati i criteri di dignità penale e di mancanza di tutela penale del bene giuridico sovraindividuale e salvaguardando il carattere di *ultima ratio legis* dell'intervento punitivo dello Stato.

PAROLE CHIAVI: Reato sovraindividuale. Strutturazione della fattispecie. Antiggiuridicità penale sovraindividuale. Colpevolezza. Punibilità.

INTRODUÇÃO

Os interesses supraindividuais, em um sentido lato e pré-jurídico – vale dizer, em seu “estado bruto” no mundo empírico –, podem ser conceituados como relações factuais estabelecidas entre conjuntos mais ou menos vastos de pessoas portadoras de necessidades compartilhadas e

1 Pós-doutorado em andamento pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Diretor e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Pesquisador/autor e professor convidado da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná (ESMPPR). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

situações valiosas ou bens materiais ou imateriais úteis a satisfazer tais necessidades e insuscetíveis de apropriação e de fruição individualizadas. Ademais, compreendidos nestes moldes, não soa exagerado afirmar que eles acompanham a História das comunidades humanas, tendo paulatinamente se revelado, desenvolvido e diversificado, em sintonia com a sucessão dos estágios dela.

Os interesses supraindividuais, na acepção “crua” acima consignada, vieram a se tornar alvos do Direito e se converter em verdadeiros *interesses jurídicos* – e seus objetos em *bens jurídicos* – quando a ação humana se provou capaz de vulnerá-los, em detrimento de todos os membros da comunidade ou de expressiva parcela deles. A partir daí, perceberam-se a importância dos interesses supraindividuais para a continuidade e o desenvolvimento da vida comunitária e a premência de que recebessem a *tutela jurídica*.

No contexto dessa tutela jurídica, o Direito Penal não ficou alheio e também foi chamado a colocar o seu poderoso arsenal coativo a serviço da proteção dos interesses supraindividuais e da coibição das condutas que lhes sejam atentatórias, o que ensejou à dogmática jurídico-penal a necessidade de reexaminar e reavaliar, em grande medida, seus fundamentos e institutos, frente a realidades antes inexistentes ou não percebidas pelo pensamento penalístico clássico, permeado pelas influências iluministas e por inegável visão individualista.

O presente artigo se ocupa do *delito supraindividual*, aqui entendido como a infração penal que tem por objeto de tutela bem jurídico de natureza pública-estatal, difusa ou coletiva, e busca esboçar uma teoria geral dele na perspectiva do Direito brasileiro, com respeito à sua *estruturação típica*, à *ilicitude penal supraindividual*, à *culpabilidade* e sua duplicidade de paradigmas na matéria, conforme o respectivo sujeito ativo seja pessoa natural ou jurídica, e à *punibilidade*.

O trabalho apresenta reflexão dogmática e crítica, utiliza preferencialmente os métodos indutivo e sistemático e parte de referenciais teóricos jurídico-penais com inspirações sociológicas, criminológicas, político-criminais e constitucionais que preconizam a legitimidade do Direito Penal Supraindividual, desde que respeitados os critérios da dignidade penal e da carência de tutela penal do bem jurídico supraindividual e resguardado o caráter de *ultima ratio legis* da intervenção estatal punitiva.

1. ESTRUTURAÇÃO TÍPICA DO DELITO SUPRAINDIVIDUAL: PECULIARIDADES

Como é sabido, o Direito Penal não perfaz uma tutela genérica de bens jurídicos. A ilicitude penal só pode se manifestar quando corresponder a determinada figura delitiva ou contravencional, que esgote e limite, nos extremos da definição legal, a conduta punível. É por isso que se alude ao *caráter fragmentário* do ilícito penal (FRAGOSO, 1976, p. 170).

Se o ordenamento jurídico desejasse sancionar com uma pena as condutas intoleráveis para a convivência social, poderia em tese fazê-lo mediante uma disposição geral, vazada, exemplificativamente, no seguinte esquema: “aquele que se comportar de modo gravemente contrário às exigências da vida em comunidade será punido, segundo a medida de sua culpabilidade, com uma pena lícita”. Uma disposição penal como esta, completamente genérica, compreenderia indubitavelmente todas as condutas puníveis imagináveis, mas, precisamente pela sua generalidade, não permitiria conhecê-las com rigor. Nem o jurisdicionado conseguiria saber o que deveria fazer ou omitir nem o juiz quem, o quê, como e quando deveria punir. Por isso, o ordenamento deve minudenciar suas disposições penais, descrevendo com precisão a conduta sujeita a punição. Deve, assim, especificar a matéria de suas proibições (WELZEL, 2001, p. 47-48).

Para tanto, o legislador se vale da técnica do *tipo penal incriminador*. A exigência de tipicidade implica que a lei, em sentido formal, descreva cada conduta penalmente relevante – seja crime ou contravenção, na esteira das definições do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914/1941) – e lhe comine a sanção correspondente. Têm-se aqui, respectivamente, os denominados *preceitos primário (descrição da conduta)* e *secundário (cominação da pena)* do tipo penal incriminador.

A *estruturação típica*, consistente na atividade de elaboração do tipo penal incriminador pelo legislador, de “montagem” dos seus elementos componentes, assume enorme importância. Uma correta estruturação típica é condição necessária para que o Direito Penal opere os seus almejados efeitos preventivos gerais e também cumpra as exigências garantistas de certeza, de segurança e de contenção do arbítrio estatal (LIMA, 2020, p. 141).

No que tange à tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, a estruturação típica tem comumente se valido de variadas técnicas, algumas das quais suscitam questionamentos entre os estudiosos sobre sua compatibilidade constitucional. Iniciemos pelas técnicas cuja aceitação se mostra mais tranquila na doutrina, até porque já consagradas no âmbito do Direito Penal tradicional.

Em primeiro lugar, é expressivo o emprego da categoria dos *delitos especiais próprios*, que exigem do sujeito ativo, como elemento da configuração típica, uma qualidade pessoal específica (PRADO, 2006, p. 239).

A técnica se justifica plenamente quando tal qualidade pessoal específica tem caráter determinante ou facilitador da prática da infração penal ou revela um maior grau de perigo ou de lesão ao bem jurídico tutelado e, em consequência, um maior grau de censurabilidade do agente.

Como exemplos, vejam-se os crimes previstos nos arts. 5º e 17, c/c o art. 25, da Lei 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), cujos sujeitos ativos hão que ser *controlador ou administradores de instituição financeira*, assim considerados os *diretores* e os

gerentes, e, extensivamente, o *interventor*, o *liquidante* e o *administrador judicial*, nas hipóteses de intervenção em instituição financeira ou de liquidação extrajudicial ou falência dela; nos arts. 63 a 70 do Código de Defesa do Consumidor (crimes contra as relações de consumo), cujo sujeito ativo há que ser o *fornecedor*, conforme a definição trazida no art. 3º do diploma; no art. 4º, incs. I e II, da Lei 8.137/1990 (abuso do poder econômico e cartel), cujo sujeito ativo há que ser *empresário com posição relevante no mercado*; e nos arts. 66 e 67 da Lei 9.605/1998 (crimes contra o meio ambiente), cujo sujeito ativo há que ser *funcionário público vinculado à Administração Ambiental*.

Outra técnica legislativa de estruturação típica bastante utilizada na proteção penal de bens jurídicos supraindividuais é a da *lei penal em branco*, a qual pode ser conceituada como aquela em que o preceito primário da conduta punível se mostra incompleto ou lacunoso, necessitando de outro texto legal – sendo aí chamada de *lei penal em branco homogênea, em sentido lato, homóloga ou imprópria* – ou infralegal – sendo aí chamada de *lei penal em branco heterogênea, em sentido estrito, heteróloga ou própria* – para a sua integração ou complementação. Vale-se, assim, do denominado procedimento de *remissão ou reenvio* a outra espécie normativa, sempre em obediência à estrita necessidade (PRADO, 2006, p. 173; GUARAGNI; BACH, 2014, p. 16-24, 27-31).

De fato, na regulação jurídico-penal de certas matérias, notadamente de cunho transindividual – *v.g.*, a economia popular, o meio ambiente, as relações de consumo, a saúde pública e a ordem tributária –, altamente condicionadas por fatores histórico-culturais, que demandam uma atividade normativa constante e variável, o modelo da lei penal em branco costuma ser empregado por imperiosa necessidade prática, *in casu*, de índole técnico-jurídica (TIEDEMANN, 2002; PRADO, 2006, p. 173).

Vejam-se, a propósito, o art. 2º, incs. III, VI e XI, da Lei 1.521/1951 (crimes contra a economia popular); os arts. 8º, 11 e 20 da Lei 7.492/1986; o art. 7º, inc. II, da Lei 8.137/1990 (crime contra as relações de consumo); e os arts. 38 a 40 da Lei 9.605/1998.

Todavia, para que não haja violação da garantia da legalidade dos delitos e das penas (art. 5º, inc. XXXIX, da CF/1988; art. 1º do Código Penal), alguns cuidados precisam ser tomados. Para além da efetiva necessidade prática da lei penal em branco na situação que se pretende normatizar, o dispositivo legal deve fixar com transparência os exatos limites da sua integração por outro texto “exterior”, porque o caráter criminoso da conduta só pode ser definido pelo Poder Legislativo, em razão da absoluta reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade. Ademais, é imprescindível que a predeterminação legislativa do conteúdo normado seja taxativa (TIEDEMANN, 2002; PRADO, 2006, p. 174).

Outras técnicas de reenvio empregadas com habitualidade na estruturação típica de delitos supraindividuais são a inserção de *elementos normativos*, notadamente os de *valoração jurídica que*

antecipam o juízo de ilicitude, e as remissões a atos administrativos concretos (PRADO, 2005, p. 231; GUARAGNI; BACH, 2014, p. 42-44).

Elemento normativo do tipo é aquele que impõe um juízo de valor para o seu conhecimento, dizendo respeito a certo dado ou realidade, de ordem jurídica ou não. O *elemento normativo de valoração jurídica* traz um conceito lógico-jurídico ou jurídico-positivo, demandando juízo de valor de cunho jurídico (PRADO, 2006, p. 348).

O elemento normativo do tipo antecipa o juízo de ilicitude quando traz o seu exame, que, na estrutura escalonada do conceito analítico de crime, seria posterior ao da tipicidade, para o próprio bojo desta. É encontrável em expressões como *indevidamente*, presente, por exemplo, no art. 1º, inc. III, do Decreto-lei 201/1967 (crime de prefeito municipal) e no art. 98 da Lei 8.666/1993 (crime licitatório), e *sem justa causa*, presente, por exemplo, no art. 7º, inc. I, da Lei 8.137/1990 (crime contra as relações de consumo), e a sua falta – pela atuação regular do agente ou pela existência da justa causa – torna a conduta não somente *lícita*, mas também e desde logo *atípica* (PRADO, 2005, p. 231).

Por sua vez, a *remissão a ato administrativo concreto* (de autorização, licença, vedação, interdição etc) consiste em fenômeno pelo qual o legislador criminaliza autênticas modalidades especiais de realização de condutas exigentes de autorização ou licença expressa concretas, expedidas caso a caso por entes e/ou órgãos da Administração Pública e desconsideradas pelo sujeito ativo, ou situações em que este pratica ações interdidas de modo particular por aqueles mesmos órgãos. O agente atua sem o respaldo de ato concreto da Administração Pública exigido para controle, gestão ou outros fins públicos, ou em desacordo com o editado (GUARAGNI; BACH, 2014, p. 42).

A remissão a ato administrativo concreto é encontrável em expressões como *sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente ou em desacordo com a obtida*, presentes, por exemplo, no art. 29 da Lei 9.605/1998 (crime contra a fauna), e *sem a necessária autorização*, presente, por exemplo, no art. 21 da Lei 6.453/1977 (crime na exploração e utilização de energia nuclear), e a sua falta – pela existência da permissão, licença ou autorização da autoridade competente em favor do agente, bem como pela atuação dele dentro dos seus exatos limites – igualmente torna a conduta não somente *lícita*, mas também e desde logo *atípica*.

Ademais, os elementos normativos referentes à ilicitude e as remissões a atos administrativos concretos frisam o caráter principalmente *sancionatório, secundário ou acessório* do Direito Penal na seara transindividual, revelando a sua dependência, ao menos relativa, das normatizações e esferas extrapenais (mormente a civil e a administrativa) (PRADO, 2005, p. 99; GUARAGNI; BACH, 2014, p. 22-24).

Por fim, é usual o recurso à previsão de *delitos culposos e agravados (majorados ou qualificados) pelo resultado*, absolutamente legítimos quando necessários para garantir a mais adequada e completa tutela jurídico-penal dos bens jurídicos metaindividuais (PRADO, 2005, p. 143). Tomem-se os exemplos dos arts. 7º, par. ún., e 12 da Lei 8.137/1990 e dos arts. 29, §§ 4º e 5º, 32, § 2º, 38, par. ún., 40, § 3º, 41, par. ún., e 54, §§ 1º e 2º, da Lei 9.605/1998.

Passando agora ao quadro das técnicas de estruturação típica que suscitam mais profundos questionamentos entre os estudiosos, a primeira a merecer enfoque é a utilização de *tipos penais abertos*, vale dizer, aqueles cuja descrição da conduta incriminada é propositalmente vaga, genérica ou imprecisa, de modo a colher enorme contingente de ações e/ou omissões e afastar, tanto quanto possível, as lacunas de punibilidade.

Ocorre que os tipos penais abertos atritam com o mandado de *determinação taxativa* ínsito na garantia da legalidade penal (art. 5º, inc. XXXIX, da CF/1988; art. 1º do CP) e, por isso, são no mínimo de duvidosa constitucionalidade. Em acréscimo, abrem grande margem a discrepâncias interpretativas e até a arbitrariedades por parte dos aplicadores da lei (delegados de polícia, membros do Ministério Público e juízes), dados os seus tênues limites semânticos.

Diante dos apontados males, é uma técnica a ser evitada na estruturação típica, mas que não deixa de ter exemplares vigentes na legislação brasileira, como fazem prova o art. 4º, par. ún., da Lei 7.492/1986 (gestão temerária) e o art. 1º, segunda parte, da Lei 7.643/1987 (molestamento de cetáceo).

A outra técnica de estruturação típica que levanta controvérsias se consubstancia na opção legiferante de fazer uso do modelo dos *crimes de perigo abstrato*.

O crime de perigo abstrato consiste em um paradigma de infração penal no qual o risco ao bem jurídico tutelado constitui a *ratio legis*, o *porquê* da proibição legal de uma determinada conduta. Apreciável *ex ante*, o perigo se mostra inerente à ação ou omissão tipificada, não necessitando de comprovação. A conduta típica é tida como perigosa em si mesma, presumindo-se o perigo ao bem jurídico apenas pela sua prática (PRADO, 2006, p. 241).

Desse modo, a estruturação típica adota preferentemente a forma de *crime de mera conduta*, não exigindo a produção de um resultado verificável no mundo empírico, seja uma lesão, seja um perigo concreto. Vale dizer, o tipo objetivo da incriminação descreve tão somente uma ação ou omissão, não prevendo um evento danoso ou perigoso que deva ser ligado a ela por um nexo causal ou normativo (SILVEIRA, 2003, p. 96-97).

De acordo com os posicionamentos críticos da técnica do crime de perigo abstrato, a proteção legal dispensada ao bem jurídico não aguarda sequer um mínimo grau de concretização do risco e despreza o desvalor do resultado na configuração da infração penal, o que contrastaria com

os princípios constitucionais da intervenção mínima, da subsidiariedade e da lesividade ou ofensividade, que devem nortear a atuação estatal na esfera repressiva criminal. Ademais, a substituição do juízo *ex post* do julgador – calcado em dados empíricos e manifestado de forma fundamentada em cada caso singular – pelo juízo *ex ante* do legislador – embasado em critérios e prognósticos abstratos e invariável por conta de sua generalidade – na aferição do perigo desrespeitaria a individualização da afetação do bem jurídico, dimensão concreta do princípio da lesividade ou ofensividade, e da reprovação do agente, ínsita no princípio da culpabilidade, com evidentes reflexos negativos na justiça da decisão sobre a responsabilização penal (SATO, 2012, p. 76 ss; JOFFILY, 2016).

No entanto, não parece acertado tachar aprioristicamente de inconstitucional o recurso à técnica do crime de perigo abstrato para cuidar de bens jurídicos supraindividuais. Ora, veem-se na vida cotidiana inúmeras situações em que, por reconhecida necessidade, a intervenção do Direito Penal deve se antecipar à produção de um perigo concreto ao bem jurídico transindividual e, mais ainda, aos bens jurídicos individuais. Não o fazendo, a tutela restaria dificultada ou quiçá frustrada. A inconstitucionalidade, aqui, ocorreria por violação ao *postulado normativo da proporcionalidade*, na faceta da *proibição de proteção deficiente* (LIMA, 2020, p. 142-143).

Um perfeito exemplo é o das atividades nucleares. Ninguém duvida de que algumas delas são capazes de trazer inestimáveis e irreversíveis danos ao meio ambiente, à incolumidade pública e à saúde individual de vasto contingente de pessoas – vide as conhecidas tragédias de Chernobyl (Ucrânia, 1986) e do Césio-137 (Goiânia, 1987). Um adequado controle penal há que vislumbrar sem nenhum receio a tipificação de condutas em si mesmas perigosas concernentes às atividades mais potencialmente lesivas (LIMA, 2020, p. 143; SIRACUSA, 2007, p. 390-394).

No ordenamento jurídico pátrio, as Leis 6.453/1977 e 9.605/1998 (Capítulo V, Seções III e V) atualmente preveem delitos – inclusive alguns de perigo abstrato – relacionados ao manejo da energia nuclear e de produtos radioativos (LIMA, 2020, p. 143).²

Como visto, o emprego do modelo do crime de perigo abstrato é ditado sobretudo por considerações práticas relativas a uma eficiente proteção de bens jurídicos metaindividuais. Não obstante, ele precisa de um melhor balizamento, pois, à medida que a matéria de proibição se distancia do ato verdadeiramente lesivo, mais intensa se torna a limitação à liberdade geral de ação (SCHÜNEMANN, 2013, p. 83).

Nesse sentido, podem-se aventar restrições à técnica, operantes tanto no momento legislativo, da estruturação típica, quanto no momento judicial, da subsunção de um fato concreto

2 A Lei 9.605/1998 revogou tacitamente os tipos penais dos arts. 20, 22, 24 e 25 da Lei 6.453/1977, cf. RIBEIRO, 2006.

ao tipo penal (LIMA, 2020, p. 143).

No primeiro momento, o legislativo, deve-se por exemplo exigir precisão descritiva da conduta proibida, identificação clara do objeto tutelado e nexos lógicos entre aquela e este (COSTA; ANDRADE, 2000, p. 119).

Ainda, deve-se colocar como barreira intransponível ao legislador o respeito às leis estatísticas, em conformidade com os conhecimentos técnico-científicos existentes na época da elaboração legal. Não pode ele pretender punir ações ou omissões que forem sabidamente inidôneas para a produção de qualquer afetação do bem jurídico (SIRACUSA, 2007, p. 323-341; SILVEIRA, 2003, p. 114).

Também se deve repudiar a tutela de funções estatais desconectadas da preservação de um bem jurídico supraindividual. Outrossim, reconhecendo-se que a função desempenha um papel representativo ou contextualizado na proteção de um bem jurídico metaindividual, o perigo abstratamente antevisto e legitimador do tipo penal deve se relacionar com o próprio bem jurídico, e não com a função. Em outras palavras, a conduta proibida deve ser perigosa para o primeiro, não só para a última (DE VITA, 1999, p. 85; PRADO, 2005, p. 117-118).

Finalmente, não se deve admitir o recurso ao tipo de perigo abstrato como simples forma de facilitar a prova acusatória no processo penal condenatório (COSTA; ANDRADE, 2000, p. 119).

Já no segundo momento, o judicial, há que se trabalhar com um critério de *redução teleológica do tipo*, orientador da interpretação sistemática e restritiva de sua incidência, a fim de excluir dela as condutas completamente inócuas à afetação do bem jurídico (DE VITA, 1999, p. 75-76; SIRACUSA, 2007, p. 341-348; SCHÜNEMANN, 2013, p. 83).

Abordadas as peculiaridades da estruturação típica do delito supraindividual, passemos à análise da ilicitude penal em matéria transindividual.

2. ILICITUDE PENAL SUPRAINDIVIDUAL

Ensina-nos a Teoria Geral do Direito que uma norma prescreve o que *deve ser*. Mas aquilo que deve ser nem sempre corresponde ao que *é*. Se a conduta real não corresponde à conduta abstratamente prescrita, diz-se que a norma foi *violada*. É da natureza de toda prescrição ser violada, enquanto exprime não o que *é*, mas o que *deve ser*. A tal violação se dá o nome de *ilícito* (BOBBIO, 2008, p. 152).

Trazendo a lição para o Direito Penal, observa-se que o tipo penal incriminador é uma figura conceitual, que descreve formas possíveis de conduta, ao passo que a norma penal, que nele se encontra implícita, proíbe a realização dessas formas de conduta. Se é realizada a conduta descrita no tipo penal – por exemplo, a ação de matar alguém –, essa conduta real entra em

contradição com a exigência normativa e, potencialmente, com a ordem jurídica integralmente considerada. Logo, se o autor realiza, objetiva e subjetivamente, a conduta descrita em um tipo penal incriminador, atua de modo contrário à norma penal e, em princípio, ao Direito como um todo. A tipicidade, destarte, é um indício da ilicitude ou antijuridicidade, mas com ela não se confunde, porquanto a conduta, concretamente, pode estar amparada por outra norma, de natureza permissiva. É o caso das causas de justificação ou excludentes de ilicitude – prosseguindo no exemplo acima, matar alguém em situação de legítima defesa (WELZEL, 2001, p. 51, 61).

Outrossim, é comum frisar que inexistente *diferença ontológica* entre os ilícitos de natureza penal e de natureza extrapenal. Isso porque não há nenhum bem jurídico protegido pelo Direito Penal que não o seja também por outro ramo jurídico (MACHADO, 1987, p. 81-82; PEREIRA, 1997, p. 416; GIDI, 1995, p. 168-169).

Toda infração penal é uma atuação contra o Direito, um ilícito jurídico. A ilicitude ou antijuridicidade de uma conduta consiste nesse contraste que ela apresenta com relação às exigências da ordem jurídica, razão por que a lei lhe impõe a sanção penal, vale dizer, por constituir a transgressão de um mandado do ordenamento (BRUNO, 1959, p. 341).

De outro ângulo, na medida em que a ilicitude é verificada em função da totalidade da ordem jurídica, todas as valorações extrapenais que se fazem sobre ela culminam por refletir no Direito Penal. Logo, o que é lícito em um determinado setor do sistema jurídico será lícito, identicamente, nos demais, inclusive no Direito Penal (DOTTI, 1984, p. 76; FRAGOSO, 1976, p. 198).

Não há, portanto, uma ilicitude ou antijuridicidade exclusivamente penal, mas é habitual se falar nas figuras do ilícito penal, do ilícito administrativo e do ilícito civil. O ilícito penal é aquele ao qual necessariamente se agrega o predicado da tipicidade. É o *ilícito típico* (BRUNO, 1959, p. 341).

Em matéria de bens jurídicos transindividuais não é diferente: a ilicitude penal supraindividual também há que ser aferida com relação ao ordenamento jurídico como um todo e estará afastada se, perante algum outro ramo do Direito, reconhecer-se a juridicidade da conduta que eventualmente ameace ou lesione, dentro de parâmetros aceitáveis, algum daqueles bens jurídicos. Até porque, tal qual referimos na seção anterior, o Direito Penal apresenta caráter principalmente *sancionatório, secundário ou acessório* na seara metaindividual, revelando a sua dependência, ao menos relativa, das normatizações e esferas extrapenais.

O exemplo mais emblemático é o de atividades que potencialmente afetem interesses transindividuais sujeitas à regulação, ao controle e à fiscalização de órgãos ou entes públicos especializados de cunho técnico-jurídico-administrativo – dentre muitos outros, e apenas para citar

alguns em nível federal, o Banco Central do Brasil (BC), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) – e que necessitem de permissões, autorizações ou licenças deles para serem executadas ou exercidas regularmente.

Uma vez que o agente obtenha o ato autorizativo (*lato sensu*) válido e eficaz e aja dentro dos seus limites, sua conduta deve ser considerada *lícita*, tanto extrapenalmente quanto penalmente. Ora, de posse do aludido ato, o agente passa a ostentar a faculdade de executar ou exercer a atividade potencialmente afetadora de interesse transindividual, traduzindo-se em situação de *exercício regular de direito*, tradicional causa legal de justificação ou excludente legal de ilicitude prevista no art. 23, inc. III, *in fine*, do CP.

As demais causas legais de justificação ou excludentes legais de ilicitude contempladas no art. 23, quais sejam, o *estado de necessidade* (inc. I), a *legítima defesa* (inc. II) e o *estrito cumprimento de dever legal* (inc. III, primeira parte), também são plenamente aplicáveis com relação a condutas que ameacem ou lesionem bens jurídicos supraindividuais.

É certo que o estado de necessidade – cujos requisitos estão disciplinados no art. 24 do CP – e o estrito cumprimento de dever legal – que pode ser definido como uma *norma penal permissiva em branco*, eis que seu conteúdo e sua abrangência dependem exatamente da lei e/ou do ato normativo que estabelece(m) o dever – acabam por poderem mostrar muito maior incidência prática nesse campo do que a legítima defesa, mas esta não fica absolutamente alheia à exclusão da ilicitude penal supraindividual.

Traz-se um exemplo: uma pessoa deliberadamente atíça seu cão de grande porte para atacar um desafeto. Trata-se de injusta agressão de origem humana, com vistas à qual o animal funciona como mero instrumento da ação do seu dono ou tutor – como se prefira. O agredido, para conter o ataque do canino, não tem outra solução senão feri-lo, o que, tipicamente, configura o crime ambiental de maus-tratos contra animal (art. 32, *caput*, da Lei 9.605/1998), mas encontra respaldo justificante na legítima defesa, porquanto preenchidos os seus requisitos, *ex vi* do art. 25 do CP.

Dentre as chamadas causas supraleais de justificação ou de exclusão da ilicitude, desponta na doutrina brasileira a alusão ao *consentimento do ofendido*, que, contudo, não tem aplicabilidade na área transindividual.³

Com efeito, o consentimento do ofendido tem como requisitos, para operar a exclusão da ilicitude da conduta típica, a *existência de bem jurídico-penal individual e disponível* e do

3 Sobre o consentimento do ofendido como causa supraleal de justificação ou de exclusão da ilicitude, v. PRADO, 2006, p. 399-402.

consentimento válido, prévio ou concomitante, do seu titular com a lesão ou o perigo causado a ele, os quais, evidentemente, não se coadunam com as características dos bens jurídicos supraindividuais, notadamente a sua pertinência metaindividual, a sua indivisibilidade e a sua indisponibilidade.

Por fim, vale lembrar que, conforme vimos na seção anterior, quando o tipo penal incriminador contiver elemento normativo que antecipa o juízo de ilicitude ou remissão a ato administrativo concreto, a sua falta torna a conduta não somente lícita, mas também e desde logo atípica.

3. CULPABILIDADE: A DUPLICIDADE DE PARADIGMAS (PESSOA NATURAL E PESSOA JURÍDICA)

Uma conduta apenas se converte em infração penal se infringe dolosa ou culposamente a ordem jurídica, de um modo certo previsto em um dos tipos legais, e pode ser censurada em face do seu sujeito ativo. A conduta tem que infringir de um modo determinado o ordenamento jurídico: deve ser típica e ilícita (ou antijurídica). E há que ser, além disso, reprovável pessoalmente ao agente, como sujeito responsável: deve ser culpável. A tipicidade, a ilicitude (ou antijuridicidade) e a culpabilidade são os três atributos que transformam uma conduta em infração penal. Estão vinculadas logicamente, de modo que a culpabilidade pressupõe a ilicitude (ou antijuridicidade), da mesma maneira que esta precisa estar concretizada nos tipos legais (WELZEL, 2001, p. 47).

A culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não haver agido conforme a norma, quando podia fazê-lo, constituindo o fundamento e o limite da pena (PRADO, 2006, p. 408).

Quanto à pessoa natural, e conforme habitualmente se refere na doutrina, a partir da concepção decorrente do finalismo, a culpabilidade apresenta três elementos: a *imputabilidade*, a *possibilidade de conhecimento da ilicitude* (ou *potencial consciência do ilícito*) e a *exigibilidade de conduta diversa* (ou o *poder agir de outro modo*) (PRADO, 2006, p. 415).

Esse paradigma não sofre alteração no Direito Penal Supraindividual, resultando que a culpabilidade de pessoa natural autora ou partícipe de injusto penal contra bem jurídico transindividual deve continuar assentada nos supracitados elementos.

No que tange à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, foi introduzida no nosso ordenamento jurídico por obra do constituinte originário, que se referiu ao tema nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da CF/1988, no que concerne, respectivamente, aos crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular e aos delitos cometidos contra o meio ambiente (BELLO FILHO, 2015).

Verifica-se, pois, que a Constituição preconiza a responsabilização criminal de entes coletivos como um reforço para a tutela penal de bens jurídicos transindividuais. Todavia, até o momento, ela só foi implementada *pleno jure* para os delitos ambientais, por força da Lei 9.605/1998.

É amplamente percebido que as formas mais socialmente ofensivas das criminalidades econômica e ambiental têm origem, hodiernamente, em grandes e poderosas corporações. Também a comercialização de produtos lesivos à saúde é um problema cada vez maior para o ordenamento jurídico-penal, uma vez que, nestes casos, quando se pratica uma conduta delituosa, é frequentemente difícil, ou mesmo impossível, descobrir as pessoas naturais realmente responsáveis dentro da estrutura da pessoa jurídica, pois a cadeia causal se distribui e se dilui entre vários sujeitos e a contribuição de cada um deles se mostra de tormentosa aferição. Outrossim, também não se consegue enfrentar de modo eficaz os perigos que emanam de um grande ente empresarial com a singela punição de um indivíduo substituível de seus quadros. Ao contrário, sanções que se acoplam a uma falha da organização da sociedade podem ter intensos efeitos preventivos (ROXIN, 2008, p. 27-28).

De fato, raras vezes se aplicam penas a pessoas diversas dos agentes diretos das transgressões, lembrando-se que costumam ser trabalhadores de escalões inferiores. A punição desses agentes diretos é inócua, visto que eles são absolutamente intercambiáveis e porque não ostentam qualquer poder para influir sobre o comportamento do ente coletivo a que estão vinculados. De outro lado, sempre que se pretende o apenamento dos verdadeiros responsáveis – de regra aqueles que detêm os cargos de direção –, esbarra-se nas notórias dificuldades probatórias inerentes ao âmbito da criminalidade empresarial (SHECAIRA, 2012).

A inadmissibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas floresceu em um ambiente individualista e antropocêntrico, que só aceitava o homem como sujeito ativo de infrações penais. Superada essa mentalidade restritiva por uma cosmovisão mais aberta e orientada por perspectivas transindividuais, os fenômenos coletivos passaram a ter considerável relevo, inclusive no Direito. Também contribuiu para isso a superação da ideia da pessoa jurídica como ficção e a sua compreensão como realidade normativa e social, em que o ser humano aparece como referência, não como parâmetro exclusivo (ROTHENBURG, 1995).

Basta que as normas pressuponham ou reclamem características adaptáveis a realidades diferentes da ontologicamente humana. É o que ocorre com a atribuição de condutas à pessoa jurídica, visto que as ações ou omissões são sempre e necessariamente praticadas, no plano fático, por indivíduos, porém podem ser imputadas juridicamente ao ente coletivo nas hipóteses em que o Direito considerar esses indivíduos como *presentantes*, vetores de vontades e de atitudes atinentes à

própria pessoa jurídica. Ora, já que a relação de imputação de ações e omissões de pessoas naturais à pessoa jurídica é tradicionalmente aceita em diversas províncias, notadamente no campo obrigacional, não há justificativa séria e idônea para negá-la no Direito Penal (ROTHENBURG, 1995).

Em um sentido geral, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se funda substancialmente em uma – por assim dizer – posição de garantidor que lhe é reservada em face das condutas de seus membros e subordinados. Deve ela ser reprovada como tal, por poder e dever agir para evitar o resultado. O ente coletivo será passível de responsabilização, portanto, não só quando deliberar e autorizar a prática de um ilícito, mas também quando não impedir que uma infração seja cometida em seu benefício (SHECAIRA, 2012).

Como agrupamento de pessoas que efetivamente age como ser coletivo, a culpabilidade própria da pessoa jurídica não é coincidente com a mera soma das culpabilidades dos indivíduos que a integram. Assim, a culpabilidade coletiva não exclui nem depende das responsabilidades individuais das pessoas naturais que compõem a pessoa jurídica. A reprovabilidade social do agir coletivo da pessoa jurídica decorre de sua organização insuficiente para fazer frente a todas as obrigações que lhe são exigíveis para que exista e tenha funcionamento regular na sociedade. Trata-se da ideia de culpabilidade fundada no *defeito de organização*, que exprime a falta ou culpa organizacional, consistente no fato de não haver o ente coletivo adotado todas as medidas que lhe seriam exigíveis, razoáveis e indispensáveis para impedir a ocorrência de um delito (SARCEDO, 2014, p. 260).

Diante disso, pode-se afirmar que a base de um sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica deve se assentar sobre a ideia de *fato próprio culpável*, assim, dentro de um paradigma adequado à sua realidade. Mesmo os modelos de *heterorresponsabilidade*, que partem da transferência para a pessoa jurídica da responsabilidade de um crime praticado por um presentante seu e em seu interesse ou em seu proveito, têm que agregar à imputação a culpabilidade própria do ente coletivo, consistente em sua insuficiente organização para evitar a ocorrência de um fato daquela espécie. Da mesma forma, a partir dessa concepção, nos modelos de *autorresponsabilidade*, faz-se possível a imputação de um delito a uma pessoa jurídica mesmo quando não seja possível imputá-lo a uma pessoa natural determinada, desde que demonstrada a insuficiente organização corporativa no sentido de prevenir ou evitar a ocorrência daquele delito. Nos *modelos mistos* de responsabilidade penal de pessoas jurídicas se combinam os modelos de hetero e de autorresponsabilidade, remanescendo a possibilidade de responsabilização individual, que não se mostra, porém, imprescindível à configuração da responsabilidade coletiva (SARCEDO, 2014, p. 260).

Destarte, constata-se que uma das vantagens mais importantes desse paradigma próprio e da introdução de um sistema autônomo de responsabilidade penal de pessoas jurídicas – vale dizer, independente da responsabilização individual de pessoa natural – é a promoção de uma cultura de cumprimento da legalidade por parte delas. Isto é, se as sociedades empresárias podem evitar sofrer a imposição de uma pena através da institucionalização de uma verdadeira e efetiva cultura de fidelidade ao Direito, isso constituirá um incentivo para que adotem programas de conformidade (*compliance programs*) que reduzam o risco de cometimento de ilícitos penais. Se, ao contrário, não é premiado adequadamente o ente coletivo cumpridor da legalidade, então os comportamentos corporativos que produzem tanto dano social seguirão acontecendo (DÍEZ, 2013).

Como apontado antes, não obstante a dupla previsão constitucional, a responsabilidade penal de pessoas jurídicas só foi plenamente instituída, até o momento, para os crimes ambientais, sendo disciplinada na Lei 9.605/1998.

Vista de uma perspectiva material-penal, a decisão mais importante do legislador brasileiro consiste em afirmar que a responsabilidade penal dos entes coletivos é autônoma em relação à das pessoas naturais. Ou seja, as pessoas jurídicas podem ser punidas isoladamente e sua responsabilização criminal não exclui a das pessoas naturais, pois no Brasil foi introduzido um modelo misto de responsabilidade (DÍEZ, 2013).

Nessa linha, decidiu de forma correta a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do paradigmático Recurso Extraordinário 548.181/PR, ao reconhecer que o art. 225, § 3º, da CF/1988 não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa natural em tese responsável no âmbito empresarial, eis que a disposição constitucional não impõe a necessária dupla imputação. De fato, como exarado no acórdão, submeter a responsabilização do ente coletivo à exigência de uma concreta imputação em face de pessoa natural implica indevida restrição do alcance da norma constitucional, porquanto ressaltada expressa a intenção do constituinte originário de não apenas ampliar a incidência das sanções penais, mas também de evitar a impunidade no que toca aos delitos contra o meio ambiente, frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis no âmbito das corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.⁴

4. PUNIBILIDADE

A possibilidade jurídica de imposição de sanção penal a alguém – pessoa natural ou jurídica, quando o caso – que realiza uma infração penal se traduz na *punibilidade*. Assim, e em princípio, o cometimento de infração penal – conduta típica, ilícita e culpável – é o pressuposto

4 V. STF, REExt 548.181/PR, 1ª T., Rel. Min. Rosa Weber, j. 06.08.2013.

jurídico da punibilidade, ao passo que esta é a sua repercussão jurídica direta e natural.

Ocorre que, algumas vezes, a lei condiciona a punição de uma conduta típica, ilícita e culpável à concorrência de uma *condição objetiva de punibilidade* ou à ausência de uma *escusa absolutória*. Outras vezes, a imposição de uma pena mais severa depende da presença de uma *condição objetiva de maior punibilidade* (CARVALHO, 2008, p. 62).

As *condições objetivas de punibilidade* podem ser definidas como eventos alheios ao delito – vale dizer, que não integram a ação ou omissão, a tipicidade, a ilicitude ou a culpabilidade –, previstos em lei, dos quais depende a punibilidade dele, em vista de ponderações político-criminais. Essas condições atuam objetivamente porque não estão abarcadas pelo dolo ou pela culpa do agente e pelo eventual nexo causal ou normativo da sua conduta, tratando-se de acontecimentos exteriores, futuros e incertos aos quais se sujeita a possibilidade jurídica da resposta punitiva (PRADO, 2006, p. 708-709; CARVALHO, 2008, p. 66-69).

De forma semelhante, as *condições objetivas de maior punibilidade* podem ser definidas como acontecimentos exteriores, futuros e incertos, previstos em lei e alheios ao crime, que condicionam a aplicação de sanção penal mais rigorosa a ele (CARVALHO, 2008, p. 69).

Entende-se que as condições objetivas de punibilidade não ferem o princípio da culpabilidade, pois não interferem no conteúdo do injusto penal já consumado, sendo-lhe posteriores (PRADO, 2006, p. 709). O mesmo raciocínio pode ser transposto para as condições objetivas de maior punibilidade, compreendendo-se que a pena mais severa aplicável em face de sua presença é a verdadeiramente compatível com as magnitudes do injusto e da culpabilidade, ao passo que a pena menos severa ordinariamente aplicável em todos os casos representa um mero “benefício” ou “desconto”, motivado por razões político-criminais.

Finalmente, as *escusas absolutórias* em sentido amplo consistem em causas pessoais de isenção de pena, previstas em lei e ditadas também por considerações político-criminais. Conquanto aperfeiçoado o delito, em todos os seus elementos constitutivos, se estiver presente uma escusa absolutória não haverá a imposição da reprimenda cominada (PRADO, 2006, p. 712-714).

A doutrina, em esforço sistematizador e adotando critério cronológico, costuma classificar as escusas absolutórias em sentido amplo em *anteriores* ou *preexistentes* ao cometimento de um crime e em *posteriores* ou *supervenientes* a ele (PRADO, 2006, p. 713-714).

As escusas absolutórias anteriores ou preexistentes usualmente decorrem de alguma relação próxima mantida entre o agressor e o titular do bem jurídico – tal qual o vínculo familiar, conforme o art. 181 do CP – e são reputadas *causas pessoais de exclusão de pena*, ao passo que as escusas absolutórias posteriores ou supervenientes se baseiam no *comportamento pós-delitivo positivo* do agente – do qual se citam como exemplos a desistência voluntária e o arrependimento

eficaz (art. 15 do CP), de modo geral, e a reparação do dano com eficácia extintiva da punibilidade, quando admitida (v.g., no peculato culposo, conforme o art. 312, §§ 2º e 3º, do CP) – e são reputadas *causas pessoais de supressão de pena* (PRADO, 2006, p. 454, 713-714).

Vale frisar que o comportamento pós-delitivo positivo apresenta três traços fundamentais que o caracterizam: a *posterioridade*, a *voluntariedade* e o seu *conteúdo positivo*. A posterioridade significa que ele deve ocorrer após a realização do injusto da tentativa. A voluntariedade, que não se confunde com a *espontaneidade*, traduz-se na resolução consciente e livre do sujeito ativo de adotar o comportamento em questão, isto é, sem haver sido compelido a tanto. Por derradeiro, o conteúdo positivo consiste na reparação ou na minoração das consequências da infração penal.

Em tema de crimes contra bens jurídicos supraindividuais não se mostra conveniente exigir a presença de condições objetivas de punibilidade ou prever escusas absolutórias anteriores ou preexistentes, nada obstando, contudo, o agravamento de sanções diante de condições objetivas de maior punibilidade devidamente contempladas em lei e, em determinadas hipóteses, a previsão de escusas absolutórias posteriores ou supervenientes, notadamente a possibilidade da reparação do dano como causa de supressão da punibilidade.

Como vimos na abordagem da estruturação típica do delito supraindividual, tem-se percebido a – por muitos criticada – tendência de antecipação da tutela penal, de modo a fazer incidir a intervenção penal sobre certas condutas antes mesmo que estas possam ensejar um perigo palpável para os bens jurídicos transindividuais protegidos. Desse modo, a exigência de condição objetiva de punibilidade iria exatamente na – também indesejada – contramão e *postergaria indefinidamente a reação punitiva*, ao sujeitá-la a eventos exteriores, futuros e incertos, apesar de já integralizados todos os elementos da ação ou omissão criminosa e configurado o perigo ou o dano ao bem jurídico supraindividual objeto de proteção.

Por outro lado, dada a transcendência pessoal que marca os bens jurídicos metaindividuais, as valorações político-criminais normalmente subjacentes à opção legislativa pelo reconhecimento de escusas absolutórias anteriores ou preexistentes – que, como dito, via de regra são decorrentes de alguma relação próxima mantida entre o agressor e o titular do bem jurídico – não encontram cabimento neste setor da tutela penal. Com efeito, mostra-se injustificável em tal área a concessão de isenções *a priori*, a quem quer que seja, para ameaçar ou lesionar bens jurídicos pertinentes a toda a comunidade ou a expressivos segmentos dela.

Já a exigência de condições objetivas de maior punibilidade não suscitaria tão graves problemas. A punição de condutas atentatórias a bens jurídicos supraindividuais se mostraria viável desde logo, conquanto de forma atenuada, havendo a possibilidade de agravamento da sanção na hipótese de verificação do acontecimento exterior, futuro e incerto previsto em lei. Observe-se o

propício campo de aplicabilidade do instituto nos crimes de perigo abstrato, como alternativa à tipificação de um resultado agravador, que necessariamente deveria ser produzido, no mínimo, a título de culpa (CARVALHO, 2008, p. 241-242).

No que concerne à previsão de escusas absolutórias posteriores ou supervenientes, em primeiro lugar e por óbvio, são plenamente aplicáveis às infrações penais contra bens jurídicos supraindividuais, salvo disposição legal expressa em contrário, os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz (art. 15 do CP), uma vez que compõem a Parte Geral não só do Estatuto Repressivo, mas do próprio Direito Penal brasileiro, entendido como subsistema jurídico especializado.

Em segundo lugar, a admissão da reparação do dano como causa de supressão da punibilidade demanda cuidados, a fim de que não culmine por erodir a eficácia preventiva geral positiva e negativa da lei penal e, ao invés de garantir a tutela dos bens jurídicos transindividuais, operar como estímulo a condutas delituosas atentatórias a eles. De fato, não seria raro o sujeito ativo calcular as chances de ser responsabilizado e, diante da perspectiva de um bom *custo-benefício do crime*, decidir pela sua prática, contando já com a saída da benesse legal, no caso de eventualmente se ver submetido à persecução penal. Por isso, ao adotá-la, o legislador deveria estabelecer restrições, a partir de critérios como a primariedade do agente, o grau de lesão ao bem jurídico, a pena máxima cominada à infração, a restrição do momento da persecução criminal até o qual seria possível e a proibição de usufruir do benefício mais de uma vez durante certo período, dentre outros.

Por fim, é imperioso salientar que a reparação do dano não deve ser identificada, necessariamente, com o pagamento de soma em dinheiro. Não apenas porque a reparação é realizada, em regra, mediante um *fazer*, mas sobretudo porque, se tal maneira de ver o dano era natural ao Direito de feição liberal, ela é totalmente imprópria às novas situações de direito substancial, especialmente as de cunho metaindividual. Traz-se à colação o exemplo do Direito Ambiental, no qual a reparação *in pecunia* jamais terá a mesma efetividade que a reparação *in natura* (MARINONI, 2008, p. 53).

Destarte, é preciso ficar claro que, optando o legislador pela admissão da reparação do dano como causa de supressão da punibilidade, deve permiti-la na forma de pagamento em dinheiro ou na forma específica, a depender do que se mostrar mais adequado e vantajoso sob o ponto de vista do(s) titular(es) do bem jurídico aviltado. No caso dos bens jurídicos supraindividuais, como se percebe, é de muito maiores relevância e preferência a segunda forma mencionada.

CONCLUSÕES

Resgatam-se aqui, na forma de enunciados sintéticos, as principais conclusões exaradas ao longo deste artigo:

1) A estruturação típica, consistente na atividade de elaboração do tipo penal incriminador pelo legislador, de “montagem” dos seus elementos componentes, assume enorme importância para que o Direito Penal opere os seus almejados efeitos preventivos gerais e também cumpra as exigências garantistas de certeza, de segurança e de contenção do arbítrio estatal. No que tange à tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, a estruturação típica tem comumente se valido de variadas técnicas, algumas das quais suscitam questionamentos entre os estudiosos sobre sua compatibilidade constitucional.

2) As principais técnicas de estruturação típica utilizadas no Direito Penal Supraindividual brasileiro cuja aceitação se mostra mais tranquila na doutrina, porque já consagradas no âmbito do Direito Penal tradicional, são o emprego da categoria dos delitos especiais próprios, as leis penais em branco, os elementos normativos do tipo, notadamente de valoração jurídica que antecipam o juízo de ilicitude, as remissões a atos administrativos concretos e os delitos culposos e agravados (majorados ou qualificados) pelo resultado.

3) As principais técnicas de estruturação típica utilizadas no Direito Penal Supraindividual brasileiro que suscitam mais profundos questionamentos entre os estudiosos são os tipos penais abertos e os crimes de perigo abstrato.

4) Em matéria de bens jurídicos supraindividuais, a ilicitude penal há que ser aferida com relação ao ordenamento jurídico como um todo e estará afastada se, perante algum outro ramo do Direito, reconhecer-se a juridicidade da conduta que eventualmente ameace ou lesione, dentro de parâmetros aceitáveis, algum daqueles bens jurídicos.

5) As causas legais de justificação ou excludentes legais de ilicitude contempladas no art. 23 do CP, quais sejam, o estado de necessidade (inc. I), a legítima defesa (inc. II), o estrito cumprimento de dever legal (inc. III, primeira parte) e o exercício regular de direito (inc. III, *in fine*), são plenamente aplicáveis com relação a condutas que ameacem ou lesionem bens jurídicos supraindividuais. Já o consentimento do ofendido, considerado uma causa supralegal de justificação ou de exclusão da ilicitude, não tem aplicabilidade na área transindividual, pois não se coaduna com as características dos seus bens jurídicos, notadamente a sua pertinência metaindividual, a sua indivisibilidade e a sua indisponibilidade.

6) O paradigma da culpabilidade da pessoa natural não sofre alteração no Direito Penal Supraindividual, devendo aquela continuar assentada na imputabilidade, na possibilidade de conhecimento da ilicitude (ou potencial consciência do ilícito) e na exigibilidade de conduta diversa (ou o poder agir de outro modo) do agente.

7) O paradigma da culpabilidade da pessoa jurídica deve se assentar no defeito da sua organização, que exprime a falta ou culpa organizacional, consistente no fato de não haver o ente coletivo adotado todas as medidas que lhe seriam exigíveis, razoáveis e indispensáveis para fazer frente às obrigações necessárias para existir e ter funcionamento regular na sociedade e, assim, impedir a ocorrência de delitos por parte de seus representantes.

8) Em tema de delitos supraindividuais, não se mostra conveniente exigir a presença de condições objetivas de punibilidade ou prever escusas absolutórias anteriores ou preexistentes, nada obstando, contudo, o agravamento de sanções diante de condições objetivas de maior punibilidade devidamente contempladas em lei e, em determinadas hipóteses, a previsão de escusas absolutórias posteriores ou supervenientes, notadamente a possibilidade da reparação do dano como causa de supressão da punibilidade.

REFERÊNCIAS

BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade criminal da pessoa jurídica por crimes contra o ambiente: um balanço após 27 anos de Constituição. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 80, p. 233-256, nov./dez. 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru: EDIPRO, 2008. p. 152.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 1.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99-120.

DE VITA, Alberto. *I reati a soggetto passivo indeterminato: oggetto dell'offesa e tutela processuale*. Napoli: Jovene, 1999.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e respostas às críticas formuladas. Tradução de Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 100, p. 415-451, jan./fev. 2013.

DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 54-77.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

- GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014.
- JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, p. 17-47, mar./abr. 2016.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.
- MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 (Introdução ao Direito Civil; Teoria Geral do Direito Civil).
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1 (Parte Geral – arts. 1º a 120).
- RIBEIRO, Viviane Martins. Problemas fundamentais da tutela penal nas atividades nucleares. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 843, p. 442-472, jan. 2006.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. A pessoa jurídica criminoso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 717, p. 359-367, jul. 1995.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARCEDO, Leandro. “Compliance” e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2014. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SATO, Catherine Ruriko. *Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal*. 2012. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Tradução de Adriano Teixeira et al. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 921, p. 281-294, jul. 2012.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SIRACUSA, Licia. *La tutela penale dell'ambiente: bene giuridico e tecniche di incriminazione*. Milano: Giuffrè, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 37, p. 73-97, ja./mar. 2002.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIREITO PENAL EXCLUDENTE: A SELETIVIDADE INERENTE AOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Denner Murilo de OLIVEIRA¹
Vinícius Odorizzi FACINA²

RESUMO

A presente pesquisa busca apresentar o seguinte problema: A partir da ideia de que a noção do povo é formada com base em uma exclusão, seria a construção de um sistema penal essencialmente excludente? A princípio, é necessário observar que a ideia de formação do povo é uma construção teórica de Ernesto Laclau, a qual é contrária ao senso comum. Partindo-se do método dedutivo, é observado no decorrer do trabalho o processo de formação hegemônica e como isso impacta no âmbito penal, mais especificamente no que tange à aplicação das normas penais. Diante disto, pode ser notado que as mesmas acabam sendo direcionadas à grupos marginalizados da sociedade. Como marco teórico, é utilizada a teoria da criminologia crítica desenvolvida por Alessandro Baratta, abordando que mesmo o sistema penal se caracterizando como igualitário, mostra-se como desigual operando de forma seletiva na aplicação das normas penais, observando que de fato o homem existe para a lei, e não a lei para o homem. Além disso, é analisada a política criminal atuarial, examinando que suas práticas, resultam na criação de um perfil criminoso com base na classe de indivíduos subalterna, ou seja, os indivíduos mais pobres, mostrando-se similar à teoria do *labeling approach*. Dessa forma, após esta análise, chega-se à conclusão de que o sistema penal se caracteriza como excludente, da forma que o mesmo age de forma seletiva e desigual em relação aos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penal; Hegemonia; Seletividade.

ABSTRACT

The following research seeks to analyze and answer ensuing questioning: assuming that the idea of a people is formed based on an exclusion, would the construction of a penal system be essentially excluding? At first, noticing that the idea of a people's formation is a theoretical construction by Ernesto Laclau, in contradiction of common sense, is fundamental. Starting from the deductive method, is observed, in this article, the hegemonic formation process and how that impacts the legislative process, specifically about developing criminal rules. Considering this, becomes remarkable that these end up being directed to marginalized groups. As theoretical framework, it is used the critical criminology theory created by Alessandro Baratta, which boards the idea that the penal system is both equal and unequal – this last one, when it comes to applying criminal rules selectively -, noticing the man exists in order to the law, not the law in order to the man. In addition, it is also analyzed the current criminal policy by examining its practices, which are responsible for creating a criminal profile based on the subordinate class, in other terms, the most poorly individuals; showing similarities to the labeling approach theory. Therefore, beyond this analysis, is concluded the previously mentioned penal system is classified as exclusionary, acting selectively and uneven regarding its individuals.

KEYWORDS: Penal System; Hegemony; Selectivity

1. INTRODUÇÃO

1 Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

2 Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Com base nas ideias de Ernesto Laclau, pode-se entender que o povo é formado com base em uma exclusão, uma vez que uma formação hegemônica nunca será capaz de abranger todas as demandas sociais. Sendo assim, o povo não é a totalidade de uma população, mas sim, parte dela que se mostra como todo. O autor nos permite supor que uma vez que a formação do povo não abrange todos, naturalmente as instituições também não irão abranger. Assim, pode ser visto que toda formação hegemônica possui grupos de indivíduos que ficam de fora, mesmo não sendo isso algo necessariamente intencional.

Partindo desse cenário, de exclusão, será analisado se o sistema penal é necessariamente excludente. A princípio, no primeiro capítulo deste trabalho, é apresentada a construção do povo de acordo com Laclau, observando que o mesmo é formado através de suas demandas insatisfeitas. Além disso, na visão do autor, o povo não seria todo mundo, mas sim uma ação discursiva que funciona como o todo.

Em seguida, na segunda parte, é abordada a hegemonia entre o povo brasileiro e como isso influencia na aplicação das normas penais. Para isso é discutido brevemente a respeito da ditadura militar no Brasil, observando que ela foi uma jogada política para obter influência sob os indivíduos.

Diante disso, é possível entender que a sociedade sempre se estabeleceu através da luta de classes, como por exemplo, os opressores e os oprimidos, e mesmo com o estabelecimento da democracia, das funções da pena, e principalmente dos princípios positivados no código, a estratificação social, a hegemonia entre povos – influência exercida por uma parcela da população sob outra – não se extinguíram, pelo contrário, ainda se mantêm forte.

Nesse sentido, ainda no segundo capítulo, é discorrido a respeito das leis penais, ou seja, as mesmas são elaboradas com base na vontade da classe hegemônica, de acordo com Alessandro Baratta, seria um sistema penal burguês, ao passo que as normas penais são formuladas para indivíduos marginalizados, promovendo a exclusão destes, como será abordado no decorrer da pesquisa.

Contudo, para melhor entendimento e aprofundamento acerca do problema desta pesquisa, no caso a respeito do questionamento se o sistema penal seria necessariamente excludente, em seguida, no terceiro capítulo, é mostrado como e de que forma este sistema se caracteriza como exclusivo, abordando a seletividade dos órgãos sociais.

Além disso, também é abordada nesta pesquisa, a política criminal atuarial, a qual se resume na criação de um perfil criminoso – de acordo com a cultura social estereotipada –, sendo baseada na população marginalizada, o que acaba funcionando como mecanismo para os órgãos sociais selecionarem os indivíduos que desejam punir.

Como será dito no decorrer da pesquisa, pode-se observar uma semelhança das práticas da

política criminal³, com a teoria do *labeling approach*, a qual rotula a conduta dos indivíduos, criando um modelo criminoso, sendo este modelo definido pelas instâncias de controle da criminalidade.

2. A COMPOSIÇÃO DO POVO

Para o entendimento do conceito e formação do povo, faz-se necessário analisar os pensamentos de Ernesto Laclau. Segundo o autor, o povo surge a partir da articulação de uma pluralidade de demandas, as quais diretamente ou indiretamente, são negadas pelas instituições. Em outras palavras, observa-se o seguinte exemplo: um grupo de indivíduos reivindicam determinada demanda com base em suas necessidades, contudo, os órgãos sociais não atendem a esse pedido; quando isso ocorre, os indivíduos podem notar que outras pessoas também possuem demandas, diferentes das suas, as quais também não foram acatadas. A partir dessa negação, de acordo com Laclau (2005, p. 98-99, tradução nossa, grifo do autor), constata-se a inabilidade do sistema institucional em absorvê-las, ocorrendo uma ação discursiva do povo, a qual resulta na relação equivalencial entre essas demandas, conforme se vê:

Considere uma grande massa de imigrantes agrários que se estabeleceram em vilarejos miseráveis localizados nos arredores de uma cidade industrial. Surgem problemas de moradia, e o grupo afetado solicita algum tipo de solução às autoridades locais. Aqui, afirmamos ter uma *demanda* que inicialmente pode ser apenas uma *solicitudación*. Se a demanda for atendida, o problema termina; mas se não, as pessoas podem começar a perceber que os vizinhos têm outras demandas igualmente insatisfeitas - problemas de água, saúde, educação, etc. -. Se a situação se mantiver por um certo tempo, haverá demandas insatisfatórias e uma crescente incapacidade do sistema institucional em absorvê-las de forma *diferente* (cada uma separadamente das outras), se estabelece uma relação equivalente entre elas. O resultado poderia ser facilmente, se não interrompido por fatores externos, o surgimento de um abismo cada vez maior que separa o sistema institucional de população.⁴

Além disso, de acordo com Laclau, o povo não seria toda a população, mas sim uma parte dela que se mostra como um todo.

[...] Ao discutir a constituição das identidades populares, estamos lidando com um tipo muito particular de totalidade: não aquela que é composta apenas de partes, mas aquela em que uma parte funciona como o todo (em nosso exemplo: uma *plebe* que afirma ser idêntica ao *populus*)⁵ (LACLAU, 2005, p. 143, tradução nossa, grifo do autor)

3 Termo utilizado de acordo com as ideias de Maurício Dieter.

4 Em original: Pensemos en una gran masa de migrantes agrarios que se ha establecido en las villas miseria ubicadas en las afueras de una ciudad industrial en desarrollo. Surgen problemas de vivienda, y el grupo de personas afectadas pide a las autoridades locales algún tipo de solución. Aquí tenemos una *demanda* que, inicialmente tal vez sea sólo una *petición*. Si la demanda es satisfecha, allí termina el problema; pero si no lo es, la gente puede comenzar a percibir que los vecinos tienen otras demandas igualmente insatisfechas – problemas de agua, salud, educación, etcétera –. Si la situación permanece igual por un determinado tiempo, habrá una acumulación de demandas insatisfechas y una creciente incapacidad del sistema institucional para absorberlas de un modo *diferencial* (cada una de manera separada de las otras) y esto establece entre ellas una relación *equivalencial*. El resultado fácilmente podría ser, si no es interrumpido por factores externos, el surgimiento de un abismo cada vez mayor que separe al sistema institucional de la población.

5 Em original: [...] Al discutir la constitución de las identidades populares estamos tratando con un tipo muy

Diante disso, percebe-se que o povo é formado por uma exclusão, ao passo que no momento em que surge uma pluralidade de demandas reivindicadas pelas diversas identidades coletivas, e tais demandas são negadas pelas instituições, constata-se a incapacidade da mesma em atender todas as vontades do povo “A construção de um povo requer uma complexidade interna, ou seja, está ligada a uma pluralidade de demandas, as quais formam uma cadeia equivalencial”⁶. (LACLAU, 2005. p. 205, tradução nossa)

Neste caso, essa negação às demandas sociais, resulta em uma divisão do campo social em dois, o povo e as instituições, que conseqüentemente, por conta da negação das demandas do coletivo, surge como resultado a exclusão desses grupos marginalizados. Dessa forma, ao tratar da composição do povo é necessário visualizar a divisão no campo social; diante dessa partição da sociedade, surge uma hegemonia no contexto coletivo, contudo, é necessário atentar-se ao fato de que para Laclau, toda formação hegemônica possui grupos de indivíduos que ficam de fora, não sendo necessariamente algo maquiavélico, ou seja, haverá indivíduos alheios quando qualquer grupo estiver no poder. “O povo tende a dividir a sociedade em dois campos: de um lado, a institucionalidade e, de outro, aqueles que dela foram excluídos e que intentam contestá-la e recriar o social em novos termos” (NASCIMENTO, 2019, p. 106).

Assim, partindo do pressuposto de que a lei é resultado da participação de um "povo", por mais democrático que seja o processo legislativo, nota-se neste ponto que no momento da elaboração de uma lei penal, não irão ser consideradas todas as reivindicações sociais, mas sim as de um determinado grupo de pessoas, podendo ser visto a negação das demandas do restante dos indivíduos. Ou seja, como a formação do povo é excludente e a lei penal é formada pelo povo, é visto que a mesma se torna necessariamente excludente, ao passo que ela resulta de uma formação hegemônica.

Nessa perspectiva, se na formação de um povo houver um discurso intransigente, o direito penal irá se manifestar da forma mais agressiva possível, isto é, se a ideia de “nós” e “eles” for levada ao sentido literal, a manifestação do direito penal se daria de uma maneira autoritária, utilizando-se de abordagens mais severas, como por exemplo: a seletividade operada pelas instituições penais e as práticas estereotipadas da política criminal pelos órgãos de controle da criminalidade. Além disso, as manifestações no âmbito penal se tornariam semelhante ao conteúdo empregado pela teoria do *labeling approach*.

Logo é possível observar que mesmo o povo sendo democrático, no momento de elaborar

particular de totalidad: no una que está sólo compuesta de partes, sino una en la cual una parte funciona como el todo (en nuestro ejemplo: una *plebs* reivindicando ser idéntica al *populus*).

6 Em original: La constitución de un "pueblo" requiere una complejidad interna que está dada por la pluralidad de las demandas que forman la cadena equivalencial.

uma lei penal, não serão atendidas todas as nuances sociais, logo conclui-se que o direito penal se caracteriza como excludente por excelência.

3. O IMPACTO DA ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL

Apesar das promessas iniciais de uma intervenção breve, a ditadura militar se manteve firme por longos 21 anos no Brasil, onde o regime adotou uma diretriz nacionalista, desenvolvimentista e de oposição à ameaça comunista, que na prática não tinha nenhuma expressão no país à época; foi uma jogada política para obter o poder utilizando-se de um inimigo inexistente, como afirma Lilia Schwarcz (2019, p. 73): “As práticas corruptas andavam mesmo entranhadas no país. Tanto que em 1964 os militares usaram a corrupção e o comunismo como argumentos principais para deflagrar um golpe e com ele instituir a ditadura.” Após este traumático período o povo encontrava-se em êxtase, pois regressara a democracia, o governo do povo, onde todos opinam, debatem e trilham o caminho a ser seguido.

Sobre o período, de modo geral, a memória da sociedade tendeu a adquirir uma arquitetura simplificada: de um lado, a ditadura, um tempo de trevas, o predomínio da truculência, o reino da exceção, os chamados *anos de chumbo*. De outro, a nova república, livre, regida pela Lei, o reino da cidadania, a sociedade reencontrando-se com sua vocação democrática. (REIS, 2000, p. 7-8, grifo do autor)

No entanto, basta olhar o mundo ao redor para perceber que nunca foi assim, na realidade material sempre existiram classes dominantes e dominadas, em todos os aspectos: socioeconômico, cultural e as questões de gênero. A sociedade como a conhecemos sempre foi desigual.

A história de toda a sociedade até hoje tem se resumido à luta de classes. Homem livre e escravo, patricio e plebeu, barão e servo, mestre de corporação e artífice, em suma, opressores e oprimidos, estiveram em constante antagonismo entre si, travando uma luta ininterrupta. (MARX; ENGELS, 2015, p. 62)

Na contemporaneidade observa-se, de um lado, os donos das multinacionais com um esmagador poderio econômico em detrimento dos motoristas de aplicativo que trabalham o dia todo para poderem se alimentar, enquanto milhares de vidas que se identificam como pertencentes ao grupo LGBTQI+ se perdem apenas por serem quem são.

“[...] como é possível representar o país a partir da ideia de uma suposta coesão, partilhada por todos os cidadãos, quando ainda somos campeões no quesito desigualdade social, racial e de gênero, o que é comprovado por pesquisas que mostram a existência de práticas cotidianas de discriminação contra mulheres, indígenas, negros e negras, bem como pessoas LBTTQ: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Queers?.” (SCHWARCZ, 2019, p. 23)

Esta desigualdade não terminou com a ascensão da burguesia ao poder, muito menos com a reestruturação da democracia no Brasil, ela sempre esteve presente, negar isto seria fechar os olhos para as 820 milhões⁷ de pessoas que passam fome todos os dias.

⁷ Dados retirados de relatório realizado pela Organização das Nações Unidas no ano de 2018, disponível em:

No âmbito jurídico, o direito penal, e toda a teoria geral do direito, não poderiam estar alheios a esta desigualdade social. Porém, estes apresentam-se com certos princípios, frutos de correntes de pensamentos juspositivistas que têm aplicações materiais, os quais devem ser seguidos para a elaboração e a aplicação das normas jurídicas, tais como: do devido processo legal, do direito ao contraditório e da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da intervenção mínima, da adequação social, dentre inúmeros outros. Nos bancos das universidades é ensinado, com base nas teorias de Miguel Reale⁸, que princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis, porém, no mundo real, estes princípios tão aclamados por alguns juspositivistas acabam legitimando a desigualdade material através da igualdade formal.

Ou seja, apesar de todos estes princípios e direitos estabelecidos, após o período de positivação das garantias nas constituições, não parece certo afirmar que exista hoje, uma sociedade política, social e economicamente igual, ou que extinguiu-se a exploração de uns sobre outros, ou até mesmo que a aplicação da lei penal é executada de maneira igualitária entre os indivíduos, mas sim, parece bastante óbvio que a sociedade continua radicalmente estratificada. Isso pode ser visto nas palavras de Alessandro Baratta, o qual discorre o direito penal como desigual, sendo contrário a aparência que o mesmo transmite.

A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente à toda aparência, é o direito desigual por excelência. (BARATTA, 2011, p. 162)

Nesse sentido, um aspecto bastante interessante do estudo da doutrina penal é o que se convencionou chamar de finalidades da pena, ou ainda funções da pena, onde três são apresentadas inicialmente: a retributiva dizendo que o direito penal deve visar punir o condenado com uma pena proporcional ao ato praticado⁹, enquanto a reparativa tem o objetivo de ressarcir a vítima do delito, visando diminuir o “mal social” que o delito causou, ao passo que a função de reabilitação se

<<https://news.un.org/pt/story/2019/07/1680101>>

8 São variados os pensamentos que se vinculam, de algum modo ou de outro, ao juspositivismo [...]. Tal visão que já é juspositivista mas o funda em razões extraestatais pode ser chamada de juspositivismo eclético, justamente por mesclar o campo da normatividade estatal a valorações sociais. O caminho filosófico que situa o direito numa técnica normativa estatal mitigada está presente nas variadas manifestações de ecletismo jurídico, como o culturalismo jurídico, do qual Miguel Reale é certamente o seu maior expoente, e que foram típicas de um modo de pensar que chega até os meados do século XX. (MASCARO, 2016, p. 284)

9 Se sustenta que a pena “justa” é a “retributiva” e por isto, dentro dessa linha, deve obedecer à lei do talião: a pena deve importar a mesma quantidade de mal causado pelo delito (“olho por olho e dente por dente”). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 93)

preocupa com a restauração do criminoso à sociedade, tornando-o útil novamente dentro de seu contexto social¹⁰. Estas funções, chamadas de funções declaradas da pena, acabam por mascarar o poder punitivo do Estado, sendo estas, em verdade, meramente uma busca por validação do uso da força com o escopo de punir aqueles que apresentam comportamentos desviantes em relação ao esperado pelas classes mais abastadas.

As teorias críticas negam todos os postulados e crenças acima expostas rechaçando qualquer função declarada da pena nas legislações tanto internas quanto internacionais e que legitimam o poder punitivo estatal e a repressividade no âmbito do Direito Penal. Essa negativa se dá em face da avaliação da práxis informativa de que essas funções não se realizam, mas outras que não são declaradas e não fazem parte do discurso oficial. (MURARO; CANOVA, 2015, p. 15)

Não há dúvidas de que não basta apenas positivar um princípio, um fundamento ou uma lei para que isso seja devidamente respeitado, exemplo disso é a Lei Seca de 1920 a 1933 nos Estados Unidos, onde a fabricação, venda e transporte de bebidas alcoólicas para consumo foram proibidas legalmente mas a comercialização e a ingestão deste tipo de bebida nunca parou, a sociedade começou a produzir e consumir clandestinamente, enquanto os agentes públicos e as instituições se corromperam cada vez mais.

[...] a proibição não trouxe os resultados esperados, mas, ao contrário, o consumo alcoólico aumentou, os bares ilegais (speakeasies) triplicaram o número dos *saloons* que foram fechados, um exército de foras-da-lei foi recrutado e financiado numa ‘escala colossal’, muitos dos melhores cidadãos passaram a infringir a lei, e o respeito geral pela lei em geral decaiu e o crime em geral aumentou. Apesar de reconhecer o bem que a extinção dos *saloons* trouxe, considera no balanço final que os males advindos da proibição foram maiores que os benefícios, tornando a situação pior do que antes da adoção da proibição. (CARNEIRO, 2019, p. 303, grifo do autor)

O que se propõe dizer é que não basta ter uma Constituição apelidada de cidadã, com inúmeros avanços legais em relação à anterior, enquanto apenas grupos subalternos, como por exemplo negros e pobres, sem oportunidades na sociedade, são encarcerados¹¹, não adianta estudar que o direito penal deve ser a ultima ratio enquanto a atual estrutura jurídica racista e elitista mantém um homem que roubou dois frascos de xampu preso por cinco meses¹², a realidade não é apenas o que está nos códigos. Nas palavras de Nilo Batista, (BATISTA, 2011, p. 109):

10 Têm sido usados indiscriminadamente vocábulos como “reeducação”, “ressocialização” etc. e, frequentemente, a sua instrumentalização na forma de “tratamento penitenciário”, ao qual se atribui uma função bastante análoga à do tratamento médico. (ZAFFARONI; PIERANGELI 2006, p. 96)

11 De acordo com o Infopen, as políticas de encarceramento se voltam contra a população negra e pobre, sendo entre os presos, 61,7% negros, e além disso, 75% dos encarcerados possuem um indicador de baixa renda. Essas informações são baseadas em relatórios realizados pelo Infopen no ano de 2018 e podem ser encontradas na publicação realizada no site da câmara legislativa, no seguinte endereço: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>

12 O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, determinou que a prisão preventiva imposta a um homem condenado por furtar dois frascos de xampu no valor de vinte reais devesse ser substituída por outras medidas cautelares, após cinco meses de encarceramento. A decisão pode ser encontrada em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5957723>>

Mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, travestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem.

Diante do exposto acima, pode-se observar que a realidade é pautada pela divisão social, onde há uma classificação de pessoas em grupos, tendo como base suas condições socioeconômicas; por isso, a teoria geral do direito, e o direito penal mais especificamente, são alicerçados por esta divisão social, exemplificação disso é que enquanto o movimento negro não foi forte, o direito era abertamente racista. Porém, o que se observa, é que mesmo após as corporificações destes anseios sociais no corpo legal, a aplicação dessas garantias é efetuada de forma desigual.

4. A CRIMINALIZAÇÃO DO OUTRO

Diante desse cenário de hegemonia em relação a determinada camada da população e da divisão do campo social, abordado no capítulo anterior, será tratado neste momento a respeito da criminalização do outro, em outras palavras, a aplicação da lei penal em grupos marginalizados, analisando as ações da política criminal e a seletividade operada pelo Estado, assim, a partir dessa análise, será possível chegar a uma conclusão do seguinte questionamento: partindo da ideia de que a noção do povo é formada com base em uma exclusão, seria a construção de um sistema penal essencialmente excludente?

A lei penal em conjunto com a política criminal vigente, ainda que seja de uma maneira sutil, resultam na exclusão de determinada parcela da sociedade, ou seja, o sistema penal opera de forma seletiva, definindo os indivíduos para aplicar a lei. Indubitavelmente, observando o contexto nos Estados Unidos, é visto que as populações pobres e negras são vítimas do sistema penal, ao passo que a maioria dos encarcerados na América são negros.

As taxas de encarceramento sobem rapidamente nos últimos 20 anos - 314% - nos Estados Unidos, coração do Império. Ao mesmo tempo aumenta a seletividade do sistema; os que perderam orçamento social vão lotar as cadeias locais, estaduais e federais. "A exemplo do desengajamento social do Estado, o encarceramento atinge prioritariamente os negros: o número de detentos afro-americanos multiplicou-se por cinco desde 1970, depois de ter caído 7% durante o decênio precedente". (WACQUANT, 2003 p. 10-11)

Igualmente aos Estados Unidos, no Brasil, as prisões são compostas por negros, pobres e indivíduos caracterizados como pertencentes a grupos marginalizados, isto é, a grande parte dos encarcerados são indivíduos de classe social desfavorecida. Dessa forma, de acordo com Wacquant (2003), as prisões brasileiras e norte-americanas trazem as marcas da escravidão. O novo complexo institucional seria "composto por vestígios do gueto negro e pelo aparato carcerário, ao qual o gueto

ligou-se por uma relação estreita de simbiose estrutural e de suplência funcional". Ou seja, na nova ordem pós-industrial do capital vídeo-financeiro as estratégias de contenção social das classes perigosas se deslocam dos guetos para as prisões.

Diante disso, é possível verificar que o sistema penal embora se caracterize, em tese, como um conjunto de organizações, as quais predomina uma ideia de igualdade em relação às pessoas contraventoras das regras penais, o mesmo apresenta-se como órgãos excludentes e promotores da degradação da figura social do indivíduo. "Este controle social formal é seletivo e discriminatório, pois o status prima sobre merecimento. Ademais, é ele estigmatizante, desencadeando desvios secundárias e carreiras criminais [...]." (SHECAIRA, 2020, p. 61)

Nesse sentido, entende-se que os órgãos penais, apresentam uma função simbólica, a qual se baseia no controle do crime e na segurança dos indivíduos. No entanto, a sua real função se baseia na reprodução da desigualdade entre as pessoas, segundo Zaffaroni (2001), não existe nenhuma conduta que não seja objeto de vigilância por parte dos órgãos do sistema penal, e a partir disso, as ações realizadas em público tornam-se mais vulneráveis, o que acentua a seletividade da vigilância em razão da divisão social, resultando na inspeção dos segmentos mais marginalizados, por não possuírem oportunidades de privacidade.

Diante desse cenário, é possível observar que as leis do sistema penal se caracterizam como seletivas e excludentes, partindo-se do princípio que a aplicação das mesmas é destinada a determinados grupos sociais, ocasionando a exclusão dos mesmos diante do restante do coletivo.

Em síntese, e levando-se em conta a programação legal, devesse concluir que o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinaríssimo 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 punitivo. (ZAFFARONI, 2001, p. 25)

No entanto, para aprofundar ainda mais a questão, faz-se necessário relatar acerca da criminologia crítica, uma teoria concebida por Alessandro Baratta (2011), a qual analisa a seletividade dos órgãos de controle social formal. Nesse sentido, segundo Baratta (2011), o progresso da criminologia crítica na interpretação da desigualdade, mostra a relação dos mecanismos seletivos do processo de criminalização com a estrutura e as leis de desenvolvimento da formação econômico-social. Assim, a seleção legal de bens e comportamentos lesivos instituiria desigualdades simétricas: de um lado, garante privilégios das classes superiores com a proteção de seus interesses e imunização de seus comportamentos lesivos, ligados à acumulação capitalista; de outro, promove a criminalização das classes inferiores, selecionando comportamentos próprios desses segmentos sociais em tipos penais.

Além disso, de acordo com a teoria de Baratta (2011), essa seletividade e desigualdade

representa o sistema penal burguês, da forma que o alvo deste são minorias e grupos marginalizados, ou seja, o resultado desse sistema seria a divisão do campo social, entre grupos subalternos e o restante do coletivo.

O aprofundamento da relação entre direito penal e desigualdade conduz em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Ou seja: não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo, negativamente sobretudo no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização [...]. (BARATTA, 2011, p. 166)

Nesse sentido, para os criminólogos críticos e radicais, determinados atos são considerados criminosos, pois é do interesse das classes dominantes. De acordo com Shecaira (2020), os criminólogos críticos e radicais afirmam que as pessoas das classes mais baixas são rotuladas criminosas e as da burguesia não, tendo em vista que o controle da burguesia sobre os meios de produção lhes dá o controle do Estado, ou seja, dá a ela o controle da aplicação da lei penal.

Assim, pode-se entender que o processo penal, assim como a criminalização é um meio para a desigualdade social. Diante disso, a criminalização do outro, ou seja, a criminalização de grupos marginalizados advém da hegemonia entre povos, tendo em vista que o cárcere é um meio de marginalizar indivíduos de classes subalternas, dividindo o campo social e promovendo a exclusão.

O processo de execução penal representado pelo sistema carcerário *garante a matriz* das desigualdades sociais – a separação trabalhador/meios de produção – e reproduz a marginalização social, como qualificação negativa pela posição estrutural *fora* do mercado de trabalho e pela imposição superestrutural de sanções *dentro* do aparelho punitivo. (SANTOS, 2018, p. 124, grifo do autor)

Em vista disso, essa seletividade dos órgãos penais se assemelha à teoria do *labeling approach*, tendo em vista a classificação de certas condutas como criminosas, feita pelo sistema penal. Assim, essa teoria se baseia nos comportamentos desviantes rotulados a determinados indivíduos, sendo esses rótulos definidos pela lei e pelas instâncias de controle da criminalidade.

A partir do desenvolvimento das teorias sociológicas criminais, nas décadas de 1950 e 1960, a teoria do *labeling approach*, ou também chamada de teoria da reação social, transforma a visão sociológica a respeito do crime e do criminoso, passando a afirmar que o crime é uma construção social. Nesse sentido, o crime se constitui a partir da rotulação de determinadas condutas como criminosas, com a criação de leis criminalizadoras, bem como se define o criminoso por meio do controle exercido sobre a população, pelas agências do controle social [...]. (MURARO; CANOVA, 2015, p. 5, grifo do autor)

Nesse aspecto de comportamentos desviantes, tem-se a política criminal, sendo o órgão que determina quais as condutas que serão classificadas como inadequadas na sociedade,

promovendo também meios para controlar a criminalidade. Conseqüentemente, a política criminal se aperfeiçoou utilizando meios como o cálculo estatístico, e a matemática, para identificar indivíduos que possuem comportamentos desviantes, assim surge a política criminal atuarial.

Em rápida síntese, entende-se por *Política Criminal Atuarial* o uso preferencial da *lógica atuarial* na fundamentação teórica e prática dos processos de *criminalização secundária* para fins de controle de grupos sociais considerados de *alto risco* ou *perigosos* mediante *incapacitação seletiva* de seus membros. (DIETER, 2012, p. 8, grifo do autor)

Embora, as práticas da política criminal atuarial transmitam a ideia de serem bastante eficazes, na realidade elas terminam acentuando a seletividade, pois procuram criar um estereótipo criminoso, e a partir disso, os exercícios autoritários da polícia e dos órgãos penais acabam sendo padronizados, possuindo a intenção de eliminar esses indivíduos caracterizados como criminosos, sendo estas pessoas pertencentes a grupos marginalizados e dominados.

[...] a política criminal, compreendendo a lei penal, tem um sistema não oficial que serve essencialmente para aniquilar, segundo a demanda belicista, indivíduos cujas vidas não interessam a ninguém. De modo que práticas ilegais empregadas por parte dos agentes da polícia são simplesmente normalizadas, pois estas, pelo menos na maior parte do tempo, só invadem as casas dos sujeitos vulneráveis que são, em regra, aqueles pertencentes às classes dominadas. (JUNIOR, 2017, p. 64)

Um exemplo em relação a criação de um estereótipo criminoso e o exercício dos órgãos penais, pode ser visualizado na decisão da magistrada Ines Marchalek Zarpelon, a qual se baseou na identificação do réu como pertencente ao grupo criminoso em razão de sua cor:

“Sobre sua **conduta social** nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente.” (BRASIL, p. 117, 2020, grifo do autor)

Por conseguinte, em resposta ao questionamento realizado no início deste trabalho, pode-se analisar que o sistema penal é necessariamente excludente, à medida que a formulação e a aplicação das leis são baseadas nos interesses das classes hegemônicas, como abordado acima. Diante disso, o Estado age de forma seletiva, escolhendo os indivíduos que se classificam dentro do estereótipo criminoso, o qual é formulado pelas práticas da política criminal.

Ainda mais, a criminologia crítica, segundo Baratta (2011) aponta o mito do direito penal, ou seja, o autor aborda que mesmo este ramo do direito mostrando-se como igual, justo e defensor dos bens essenciais, na realidade ele se apresenta contrário a isso, não sendo igual para todos, observando o status de criminoso, o qual é distribuído de modo desigual para os indivíduos. Ainda mais, o direito penal se torna essencialmente excludente, uma vez que, a lei como resultante de um povo, nunca consegue levar em consideração todas as nuances sociais.

CONCLUSÃO

Como discorrido no início deste trabalho, a formação do povo é baseada em uma exclusão, da forma que no momento em que algumas reivindicações são negadas pelos aparelhos sociais, o povo encontra-se alheio ao restante do coletivo. Diante disso, ocorre a divisão do campo social, o povo e as instituições sociais. Contudo, vale lembrar que de acordo com Ernesto Laclau, essa formação não seria intencional, uma vez que toda hegemonia, em sua visão, pressupõe um lado de fora.

A partir desse cenário, a presente pesquisa surge diante do embaraço que ocorre no sistema penal, isto é, diante das práticas desiguais que este sistema realiza. Nesse caso, o problema a ser analisado e respondido, se mostra dessa maneira: *A partir da ideia de que a noção do povo é formada com base em uma exclusão, seria a construção de um sistema penal essencialmente excludente?* Faz-se necessário a análise deste problema, pelo fato de que mesmo o direito penal tendo princípios positivados, os quais discorrem que a ciência penal só age para proteger bens jurídicos essencialmente necessários – ultima ratio – a mesma opera de forma seletiva, excluindo grupos de indivíduos que ficam na mira desse sistema, pelo fato de se enquadrarem ao perfil criminoso construído a partir das leis penais e das instâncias de controle da criminalidade.

Nesse sentido, após a primeira parte dessa pesquisa abordar a formação do povo de acordo com os pensamentos de Ernesto Laclau, e observar que o povo é formado com base em uma exclusão, o segundo capítulo, se baseia na formação hegemônica do povo brasileiro. Dessa forma, é exposto que mesmo após a ditadura militar ocorrida no Brasil ter se estabelecido a democracia e além disso, ter princípios positivados no código penal, ainda existe uma hegemonia no campo social.

Diante dessa hegemonia, percebe-se que a aplicação das normas penais ocorre de acordo com a vontade da classe dominante, possuído a intenção de criar as leis penais para grupos de indivíduos marginalizados, observando ainda, que as funções declaradas da pena, abordadas acima, na realidade funcionam para mascarar as ações seletivas do sistema penal. Assim, pode ser visto uma divisão no campo social, e além disso é possível ser entendido que o sistema penal seria um sistema burguês, nas palavras de Alessandro Baratta, um sistema penal desigual por excelência.

Em sequência, o terceiro capítulo dessa pesquisa, tem a intenção de expor como e de que forma o sistema penal se caracteriza como excludente. Nesse sentido, é abordado a criminalização do outro, sendo visto que a maioria dos encarcerados no Brasil são indivíduos pertencentes a grupos marginalizado, não porque cometem mais crimes, mas sim porque as instituições penais selecionam quem desejam punir.

Desse modo, a seletividade do sistema penal, caracteriza-o como desigual, sendo dessa maneira que o mesmo se mostra como excludente. Logo, de acordo com a criminologia crítica

desenvolvida por Alessandro Baratta, a seletividade penal opera na escala vertical da sociedade, isto é, reproduz a desigualdade no âmbito penal.

Assim, pode ser visto a seletividade do sistema penal, sendo baseada nas práticas da política criminal, a qual opera no controle da criminalidade. Ao criar um perfil criminoso, as práticas do sistema penal, se assemelham à teoria do *labeling approach*, em outras palavras a teoria do etiquetamento social, a qual dispõe que o perfil criminoso é constituído socialmente, de acordo com as leis e com as ações dos órgãos de controle social, rotulando as condutas de determinados indivíduos como criminosas.

Nesse aspecto, pode-se entender que o sistema penal se mostra como excludente ao passo que aplica a lei penal aos grupos de indivíduos mais vulneráveis da sociedade, como pobres e negros, a partir disso, podemos examinar que este sistema opera de forma seletiva, selecionando os indivíduos para aplicar a norma penal. Diante disso, entende-se que embora o direito penal se caracterize como igualitário com a intenção de proteger os bens jurídicos essencialmente necessários, o mesmo na realidade, utiliza essa imagem que transmite como prerrogativa para punir quem se enquadra no perfil criminoso.

É a partir disso, que se chega à conclusão e a resposta do problema dessa pesquisa, concluindo que o sistema penal é excludente, à medida que seleciona determinados grupos de indivíduos para aplicar a norma penal, sendo possível entender que no momento de criação da lei, esta já possui o seu foco.

Dessa forma, fez-se necessário a reflexão baseada nessa ideia de exclusão, com o intuito de apontar uma crítica ao sistema penal brasileiro, e além disso, expor que mesmo a teoria geral do direito e o direito penal em si, possuindo princípios positivados nos códigos, os órgãos penais não operam na linha da corporificação do texto legal, pelo contrário, essa corporificação funciona como mecanismo para mascarar as ações desse sistema, agindo este de maneira sutil, ao passo que é a partir do texto legal que o sistema penal leva a sensação de segurança aos indivíduos, escondendo sua seletividade e sua rotulação.

Por fim, diante desse cenário, enfatiza-se que o sistema penal se caracteriza sim como excludente, ao passo que não formula e nem aplica a lei penal de forma igualitária, ou seja, de acordo com Alessandro Baratta, seria o mito do direito penal, que embora o mesmo se apresente como igual, na realidade ele se mostra divergente, definindo o status de criminoso a indivíduos vulneráveis e marginalizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução a Sociologia**

do Direito Penal. Tradução e Prefácio por Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BRASIL. **Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba-PR (1 Vara Criminal)**. Processo: 00017441-07.2018.8.16.0013. Autor: Ministério Público. Réu: Natan Vieira da Paz. Magistrada: Juíza Ines Marchalek Zarpelon. Curitiba, 16 de junho de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus**. Processo: 0097801-26.2020.1.00.0000. IMPTE: Luiz Paulo Teixeira Ferreira. PACTE: Robson Drago. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 28 de julho de 2020.

BRASIL. Câmara Legislativa. **Sistema Carcerário Brasileiro: Negros e Pobres na Prisão**. 2018 Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 10 de set. 2020

CARNEIRO, Henrique. **Drogas: A História do Proibicionismo**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, 2019.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história**. Acervo Digital UFPR. 2012, p. 1-309. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/28416>>. Acesso em: 17 de set. 2020.

JUNIOR, Manoel Alves. **Política Criminal Atuarial no Desvelar do Punitivismo Seletivo**. Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal, v. 5, n. 1, p. 52-65, 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/66596/44958>> Acesso em: 09 de set. 2020.

LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. Traducción de Soledad Laclau. 1 ed. Editora Fondo de Cultura Económica, 2005.

MASCARO, Alysson. **Filosofia do Direito**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MAX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução, Prefácio e Notas por Edmilson Costa. 3 ed. – São Paulo: Editora Edipro, 2015.

MURARO, Mariel; CANOVA, Denise. **A Expansão do Controle Penal: Uma Crítica às Funções da Pena**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 1, n. 1, p. 1-22, 2015. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/604/602>>. Acesso em: 09 de set. 2020.

NASCIMENTO, Kamila. **Todos contra o povo: limites da teoria de Ernesto Laclau**. Revista Simbiótica, Espírito Santo, v. 6, n. 2, p. 96-116, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/simbiotica/article/view/28443/20248>>. Acesso em 09 de set. 2020.

- ONU. Organização das Nações Unidas. **Fome atinge mais de 820 milhões de pessoas no mundo.** 2019. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2019/07/1680101>>. Acesso em: 09 de set. 2020
- REIS, Daniel Aarão. **Ditadura Militar, Esquerdas e Sociedade.** 2 ed. – Rio de Janeiro: Editor Jorge Zahar, 2000.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical.** 4 ed. – Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** Prefácio por Alvino Augusto de Sá. 8 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2020
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: A Nova Gestão de Miséria nos Estados Unidos.** Tradução por Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: A perda de Legitimidade do Sistema Penal.** Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE. **Manual De Direito Penal Brasileiro.** Volume 1 – Parte geral. 6 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PENAL: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO

Thais Aline Mazetto CORAZZA¹
Gustavo Noronha de AVILA²

RESUMO

De forma simplista e resumida, a expressão direitos humanos se refere aos princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto a expressão direitos fundamentais designa a posituação destes direitos na Constituição de cada Estado, ou seja, são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente. Por outro lado, quando se fala em Direitos da Personalidade, verifica-se que estes exercem, em tese, a tutela jurídica no âmbito do direito privado, e estão consagrados na legislação infraconstitucional e constitucional. Em tese, porque atualmente Sarlet fala em vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Este artigo tem por escopo demonstrar a conexão entre os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade e a necessidade de superação da dicotomia tradicional entre o direito público e o privado, bem como analisar os fundamentos do direito da personalidade no âmbito penal. A pesquisa parte de um raciocínio hipotético-dedutivo, analisando-se as possibilidades de discussão dos direitos da personalidade no âmbito criminal. A pesquisa é bibliográfica, onde se buscará alcançar uma exata compreensão por meio de materiais como leis, sites oficiais, jurisprudência e doutrina jurídica aplicável ao tema (livros, artigos científicos, entre outros), nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Dicotomia; Direito Penal.

ABSTRACT

In a simplistic and summarized way, the expression human rights refers to the principles that summarize the concept of a dignified, free and equal coexistence of all human beings, valid for all peoples and at all times, while the expression fundamental rights designates the affirmation of these rights in the Constitution of each State, that is, they are the rights of the person (physical or juridical) constitutionally guaranteed and limited spatially and temporally. On the other hand, when it comes to Personality Rights, it appears that they exercise, in theory, legal protection under private

1 Doutoranda e Pesquisadora Capes em Ciências Jurídicas - Unicesumar/PR

2 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2004), Mestrado (2006) e Doutorado (2012) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Realizou Estágio de Pós-Doutoramento, sob a supervisão da Profa. Dra. Lilian Milnitsky Stein, no Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUCRS (2018). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Campus Maringá). Atualmente, também é Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica do Centro Universitário de Maringá. Também é Professor da Especialização em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá, Universidade Ceuma, PUCPR, Univel, Universidade Feevale e Instituto Paranaense de Ensino. Consultor do Innocence Project Brasil. Membro Permanente da Associação Internacional de Criminologia em Língua Portuguesa. Editor Adjunto da Revista Brasileira de Ciências Criminais e da Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Membro dos Corpos Editoriais da Revista de Estudos Criminais (Qualis A1), Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM (Qualis A1), Psicologia: Teoria e Pesquisa (Qualis A1), Revista da Faculdade de Direito da UFMG (Qualis A1), Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas - Unifafibe (Qualis B1) e Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul (Qualis B1) e Revista Brasileira de Direito Processual Penal. É membro dos Grupos de Pesquisa em Processos Cognitivos (PUCRS) e "Sistema Constitucional de Garantia dos Direitos da Personalidade" (Unicesumar), ambos cadastrados no CNPq. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Processual Penal, Direito Penal, Psicologia do Testemunho, Criminologia em suas repercussões aos Direitos da Personalidade. Realiza investigações sobre as relações entre as distorções de memória e privações de liberdade, bem como tem se ocupado da análise da expansão dos controles contemporâneos.

law, and are enshrined in infraconstitutional and constitutional legislation. In theory, because currently Sarlet talks about linking individuals to fundamental rights. This article aims to demonstrate the connection between human rights, fundamental rights and personality rights and the need to overcome the traditional dichotomy between public and private law, as well as to analyze the fundamentals of personality law in the criminal sphere. The research starts from a hypothetical-deductive reasoning, analyzing the possibilities of discussing personality rights in the criminal sphere. The research is bibliographic, where an exact understanding will be sought through materials such as laws, official websites, jurisprudence and legal doctrine applicable to the theme (books, scientific articles, among others), national and international.

KEYWORDS: Personality Rights; Dichotomy; Criminal Law.

INTRODUÇÃO

O principal meio criado pelo homem para assegurar uma convivência pacífica em sociedade sofre hoje uma profunda e crescente crise. Isso porque existe um abismo entre a realidade posta e a norma teoricamente criada e uma discrepância na aplicação desta. A teorização sobre o Direito afasta a realidade que pretende regular, ao contrário, quanto mais prático, mais ilegítimo se torna.

Diante dessa realidade, não existe outra resposta que não o próprio Direito, através da razão jurídica, pois responder à complexidade social e proteger o Direito é de certa maneira proteger também o futuro da democracia, levando a sério os direitos humanos.

Nessa conjuntura, através de um estudo teórico, pretende-se demonstrar a necessidade de superação da dicotomia tradicional entre o Direito Público e o Direito Privado, mostrando suas interseções, analisando para tal os direitos da pessoa considerada em si mesmo, quais sejam, Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade, bem como suas conexões, utilizando as contribuições de autores importantes sobre o tema. Por fim, serão analisados os fundamentos do direito da personalidade no âmbito penal. A pesquisa parte de um raciocínio hipotético-dedutivo, analisando-se as possibilidades de discussão dos direitos da personalidade no âmbito criminal. A pesquisa será bibliográfica, onde se buscará alcançar uma exata compreensão por meio de materiais como leis, sites oficiais, jurisprudência e doutrina jurídica aplicável ao tema (livros, artigos científicos, entre outros), nacional e internacional.

1 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O PRIVADO

Cabe aqui analisar a separação da esfera pública e privada, que na Antiguidade tinha características peculiares, já que, entre os romanos, a esfera privada compreendia o reino da necessidade, obrigando o homem a exercer a atividade denominada *ação* para sua sobrevivência,

com a produção de alimentos (na sede de sua casa), enquanto na esfera pública o homem desenvolvia a atividade do *labor*, que o dignificava e lhe conferia liberdade, na cidade (*polis*)³. Essa distinção perdeu o sentido na Idade Média quando a ausência do poder político centralizado tornou impossível a dicotomia, uma vez que quase tudo se confundia com a propriedade do suserano ou da igreja, o que negava espaço para a divisão do público e do privado⁴.

A divisão entre o Direito Privado e o Direito Público também achava força na luta pela redução contra os abusos do absolutismo, ao delimitar a interferência do Estado na atuação privada. A separação desses ramos era essencial para a organização do Estado e da sociedade, culminando no movimento codificador, cujo marco exponencial foi o Código Civil francês, que garantiu claramente tais delimitações. Ao lado das codificações, o constitucionalismo fez nascer as liberdades negativas, que delimitou a atuação do Estado na esfera individual, tornando perceptível a diferenciação das esferas pública e privada no século XIX⁵. No entanto, a distinção objetiva perdeu sua nitidez com o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, que abandonou a doutrina liberal e acolheu as liberdades positivas inaugurando novas frentes do direito, de modo que a esfera pública e privada ganhou espaço de interseção, sobrepondo-se em áreas que dificultam a identificação de suas fronteiras, dando lugar ao surgimento de teorias justificam e que negam a prevalência da dicotomia, muito embora a maior parte da doutrina sustentar que não existe uma concepção que diferencie de maneira cabal o Direitos Público do Direito Privado⁶.

Frisa-se que mesmo antes dessa problematização e polêmica sobre o assunto, já se reconhecia que o direito deve ser visto como um todo dotado de coerência⁷, em decorrência da unidade do direito que sempre existiu e que antes só ganhava percepção em algumas áreas jurídicas, como o direito de família onde a proteção estatal era constante, mas nem por isso ocorreu de ser considerado como Direito Público.

Neste prisma, a divisão do Direito em público e privado tem utilidade prática e didática, já que organiza as normas e as condutas levando em consideração os distintos objetivos, fundamentos e princípios, e mesmo sendo incontestável a intersecção entre os ramos do direito, mantêm-se vivas as esferas individual e pública, nada obstante apareçam categorias que poderiam ser consideradas intermediárias, ou seja, híbridas, o que, igualmente, garante a validade da separação dos campos do direito em público e privado. A conservação da dicotomia não quer dizer que o Direito Público e o

3 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 135.

4 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; DE OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 19, p. 210, 2018.

5 Idem, p. 211.

6 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. Cit., p. 141.

7 Ibidem.

Direito Privado devem ser vistos como viciados os juristas liberais e cientificistas do século XIX, uma separação em compartimentos estanques. Na realidade atualmente se tem a suavização das dessemelhanças e o aumento da complementaridade das esferas em virtude da unidade do ordenamento jurídico, daí o reconhecimento de que os ramos do direito são compostos por normas com algumas características mais fortes de direito privado ou público, com princípios e objetivos específicos. O fato de a diferenciação entre as duas esferas ter se tornado complexa, não significa que ela deixou de existir⁸.

Com isso, considerando que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, entre outros bens, como já dito, satisfazem as necessidades e desejos próprios do indivíduo considerado em si mesmo, os direitos da personalidade fazem parte da esfera privada, pertencendo à categoria dos direitos privados⁹.

Não obstante a admissão de algumas interferências do Direito Público no campo dos Direitos da Personalidade, tal atuação deve ser bastante limitada com intuito tão somente de atender a dignidade da pessoa humana (núcleo em que se aninham os direitos da personalidade), o que, por si só, não tem o condão de afastar do Direito Civil a tutela dos Direitos da Personalidade, até mesmo porque o Direito Privado sempre conviveu com normas cogentes, que são inafastável pela vontade das partes. Porém, quando os Direitos da Personalidade passam para o patamar constitucional da tutela da dignidade humana, deve-se levar sempre em conta que a proteção deve se dar de forma integrada e deixando de lado a dicotomia entre o Direito Público e o Privado, vez que se situa acima dela, pois a dignidade da pessoa humana é o valor fonte do ordenamento jurídico pátrio¹⁰.

Nesse contexto, percebe-se que não há muita divergência no tocante à colocação da tutela da dignidade da pessoa humana acima das fronteiras que separam a esfera pública e a privada, dado que, em última análise, a pessoa humana demanda tutela unitária. Apesar disso, a diferenciação entre direitos da personalidade e direitos fundamentais não perde a importância, em razão de seu papel facilitador do trabalho do operador do direito. Nesta esteira, Gustavo Tepedino¹¹ esclarece que a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana “*supera a setorização da tutela jurídica (a partir da distinção entre os direitos humanos, no âmbito do direito público, e os direitos da*

8 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; DE OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. Op. Cit., p. 214-216.

9 CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 34. No mesmo sentido: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; DE OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. Op. Cit., p. 219.

10 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; DE OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. Op. Cit., p. 219.

11 TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XXIV.

personalidade, na órbita do direito privado) bem como a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento”, o que não podia ser diferente já que, segundo Perlingieri¹², a tutela constitucional da pessoa humana dá legitimidade ao ordenamento jurídico e soberania ao próprio Estado.

Para Zanini¹³, que segue uma visão parcial da tutela da pessoa humana, os direitos da personalidade aparecem como direitos privados, enquanto que os direitos fundamentais se enquadram no âmbito do direito público. No entanto, quando para a solução do problema do caso em concreto for necessária uma visão unitária da pessoa humana, revela-se necessária a superação da setorização, já que a dignidade da pessoa humana é a pedra angular do sistema jurídico e não só da seara pública ou privada.

Fato é que a partir da mudança de perspectiva constitucional, passando a estar o ordenamento a serviço da pessoa humana, conforme a determinação do art. 1º, III, da Constituição, as relações não patrimoniais (pessoais e familiares) passou a ter prevalência sobre às relações patrimoniais (contratuais e proprietárias), por conseguinte, aumentaram as estruturais impostas à vontade individual pelo Código de 2002, através, por exemplo, das noções dos princípios da boa-fé, da confiança e da função social do contrato e da propriedade, consolidando a já existente compressão da autonomia privada patrimonial¹⁴. Porém, no que diz respeito às relações extrapatrimoniais, o Código Civil regrediu, já que a garantia pela Constituição de muitos bens jurídicos à uma pessoa digna (como, por exemplo, a liberdade e a privacidade) não significa que ela terá o mais amplo poder de escolha sobre os mesmos. Isso porque o direito subjetivo, concebido para titularizar as relações patrimoniais, não se adapta perfeitamente à categoria do “ser”, âmbito das relações extrapatrimoniais onde não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam a pessoa humana. Esse problema se expressa mediante a atribuição de uma série de características excepcionais aos direitos subjetivos comuns – necessariedade, vitaliciedade, extrapatrimonialidade, inalienabilidade, indisponibilidade, inexpropriabilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade –, mas que, mesmo assim, não estão aptas a garantir uma valoração apropriada do merecimento de tutela dos interesses em questão¹⁵.

Os direitos da personalidade são tidos como categoria aberta demonstrando sempre novas

12 PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 72.

13 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; DE OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. Op. Cit., p. 219.

14 DE MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os Direitos da Personalidade**. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 19 jun. 2020, p. 03.

15 Idem, p. 04-05.

instâncias relativas à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, sendo um conceito elástico, que abrange um número ilimitado de hipóteses, somente encontrando limites na salvaguarda do interesse de outras personalidades¹⁶.

No Brasil, a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações, logo, não pode ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário. Tal concepção mostrar-se decisivamente mais proveitosa quando se está diante de conflitos em que há a colisão de interesses relativos à proteção da personalidade, pois nesses parece impossível uma solução em termos de titularidade ou não de direitos subjetivos os recorrentes conflitos envolvendo a proteção da personalidade, já que do outro lado também está em discussão a expressão da dignidade de outra pessoa. Deste modo, nos casos de colisão deve-se reconhecer nos direitos da personalidade expressões da irrestrita proteção jurídica à pessoa humana e atribuir-lhes a natureza de princípios de inspiração constitucional, apreciando o litígio através do mecanismo da ponderação, buscando no caso concreto onde se realiza mais plenamente a dignidade da pessoa humana, conforme a determinação constitucional¹⁷. Isso se deve ao fato de que na reflexão acerca dos direitos da personalidade deve ter como ponto de que *“Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação^{18”}.*

Ao falar da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Sarlet¹⁹ trata da aplicação da norma fundamental, do ponto de vista do destinatário. Partindo da eficácia/vinculação de natureza “vertical”²⁰ dos direitos fundamentais no âmbito privado, em sua dupla faceta material e

16 Idem, p. 05.

17 Idem, p. 06.

18 Esse é o teor do Enunciado n. 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil (2006).

19 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais E Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **A Constituição concretizada:** construindo pontes com o direito público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 107-163. Disponível em:

<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2018/03/SARLET-Direitos-fundamentais-e-direito-privado.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

20 Sarlet faz a distinção entre eficácia de natureza "vertical" e “horizontal” dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, utilizando o direito comparado da Espanha e especialmente da Alemanha. A eficácia de natureza vertical ocorre sempre que estiver em questão a vinculação das entidades estatais (públicas) aos direitos fundamentais, em última análise, sempre que estivermos falando da vinculação do legislador privado, mas também dos órgãos do Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional no que diz com a aplicação das normas do Direito Privado e a solução dos conflitos entre particulares” e a eficácia de natureza horizontal ocorre sempre que estiver em questão a vinculação dos particulares nas suas relações entre si.

processual do problema (embora as duas tenha conexão íntima e nexos de interdependência²¹), o autor enfrenta as questões de existência, construção e colisão.

O problema da existência da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais é encarado historicamente, afirmando que o Estado Social de Direito superou o Estado Clássico e liberal de Direito (onde os direitos fundamentais exerciam a função precípua de proteger os indivíduos de ingerências por parte do Poder Público no âmbito de sua esfera pessoal - liberdade, privacidade, propriedade, integridade física, etc.) ampliando as atividades e funções estatais e incrementando a participação ativa da sociedade no exercício do poder, o que resultou no reconhecimento de que as liberdades individuais. Os demais bens fundamentais protegidos constitucionalmente, além da proteção contra as ingerências do Poder Público, careciam também de proteção contra os males fortes no âmbito da sociedade, advindas das relações privadas. Com o Estado Social, o Estado deixa de ocupar a posição de inimigo público e passa a ser devedor de postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos²².

Solucionada a questão da existência, Sarlet²³ enfrenta as questões de “como” (problema de construção) e “em que medida” (problema de colisão) pode haver a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em outras palavras, qual o seu alcance, ou seja, até que ponto pode o particular recorrer aos Direitos Fundamentais nas relações com outros particulares (que agora exercem o papel de destinatário e ao mesmo tempo de titular dos direitos fundamentais) analisando diversas teorias de eficácia²⁴ ou vinculação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado,

21 Sob o prisma material, “*cuida-se de abordar a problemática da existência, ou não, de uma vinculação dos sujeitos particulares aos direitos fundamentais, bem como de verificar qual a amplitude e o modo desta vinculação*”, ao passo que, sob o prisma processual, cuidará, em princípio, “*dos meios processuais para tornar efetivos os direitos fundamentais nas relações interprivadas, assumindo destaque, neste contexto, o problema da possibilidade de o particular, via ação judicial, opor-se diretamente a eventual violação de seu direito fundamental por parte de outro particular*”. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 110.

22 Neste contexto, alerta que não imune a críticas, expressivo rol de doutrinadores têm reproduzido a tendência de reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão jurídico-objetiva, de acordo com a qual “*os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico - público e privado*”, motivo pelo qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, de direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 114-115.

23 Idem, p. 113-114.

24 A eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas recebeu vários nomes como “*eficácia privada*”, “*eficácia em relação à terceiros, Drittwirkung ou eficácia externa*” e “*eficácia horizontal*”, sendo que a primeira formulação da expressão foi na doutrina da Constituição Alemã a partir da Lei Fundamental de 1949. Porém, Sarlet critica as três expressões afirmando que “*eficácia privada*” é um termo muito genérico e não coloca em destaque o ponto central do problema, o termo “*eficácia em relação à terceiros*” leva ao entendimento que seria um terceiro nível de eficácia onde teria como destinatários os terceiros, o que não é verdade, e “*eficácia horizontal*” não abarcaria a situação, que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo, da concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, se estaria em face de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade não seria capaz de abranger. Em razão dessas controvérsias Sarlet trata o assunto como

dando ênfase especial a Teoria da Eficácia Imediata ou Direta e a Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta elaboradas por Hans Carl Nipperdey e adotada por Walter Leisner²⁵.

Fato é que ao se referir a vinculação dos particulares titulares de direitos fundamentais, vinculados reciprocamente, não há como amparar uma eficácia vinculante idêntica, na sua amplitude e intensidade, a do Poder Público (do legislador privado). Isso se aplica inclusive aos "poderes privados", já que igualmente sujeitos de direitos fundamentais. Tal fato ocorre porque a existência de algum detentor de poder privado em um dos polos da relação jurídico-privada justifica uma intervenção maior e um controle no campo do exercício do dever de proteção atribuído ao Estado e, conseqüentemente, uma maior magnitude na vinculação destes sujeitos privados²⁶.

Além das normas de direitos fundamentais direcionadas exclusivamente ao Poder Público, existem na Constituição Federal pátria normas fundamentais que são destinadas expressamente aos sujeitos privados, não havendo controvérsia quanto à vinculação direta dos particulares. Assim, com exceção dos direitos que têm por destinatário apenas os órgãos estatais, todas as demais normas de direitos fundamentais (inclusive os direitos à prestações) vinculam, de alguma forma, diretamente os sujeitos particulares²⁷.

Para solucionar a problemática “‘como’ pode haver a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, o autor analisa diversas teses inadequadas que tentam resolver a questão imputando as ofensas a direitos fundamentais oriundas de sujeitos privados ao Poder Público, tal como as teorias da "convergência estatista" (Alemanha) e da *state action* (Estados Unidos), anotando que se impõe a superação da já clássica contraposição entre as concepções da eficácia direta (imediata) e indireta (mediata), ao menos na forma pela qual foram originariamente desenvolvidas na doutrina e jurisprudência germânica, inobstante também não compartilha das teorias formuladas a partir dos deveres de proteção do Estado, ao menos não naquilo em que

“eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares” ou “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, referindo o último já que o próprio termo “eficácia” traz equívocos e imprecisões doutrinárias e jurisprudenciais ao definirem eficácia e validade. Eficácia diz respeito aos destinatários da norma e a possibilidade das normas (neste caso das normas definidoras de direitos fundamentais) gerar os efeitos jurídicos que lhe são inerentes vinculando os destinatários (no âmbito amplo da eficácia vinculante). *Idem*, p. 109-110.

25 Pela primeira teoria a vinculação é direta, uma vez que os direitos fundamentais são aplicáveis para toda a ordem jurídica, em decorrência do princípio da unidade do ordenamento jurídico e do postulado da força normativa da Constituição, ou seja, a vinculação dos particulares decorreria naturalmente da expressa previsão de uma vinculação do poder público, sendo a citada teoria superada porque se reconheceu a diferença estrutural na relação entre particular e Estado e entre particulares. Afirma ainda que prevaleceu na Alemanha, não de forma unânime, a Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta, onde a vinculação das normas fundamentais não seria diretamente oponível, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares. A vinculação aqui se dá de forma indireta, pela interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do Direito Privado à luz dos direitos fundamentais, com eficácia irradiante das normas dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado. Cabe ao legislador realizar a sua aplicação às relações jurídico-privadas. *Idem*, p. 117-119.

26 *Idem*, p. 107-163.

27 Sobre o assunto vide: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009, p. 175.

continuam negando uma vinculação direta dos particulares. Por outro lado, constata a existência de elementos comuns a todas as concepções, notadamente o fato de partirem do pressuposto de que os direitos fundamentais, expressando uma ordem de valores objetiva, não são indiferentes ao direito privado e nem às relações entre particulares, admitindo, ainda a ocorrência de lesões aos direitos fundamentais advindas de sujeitos privados e que reclamam uma solução, incumbindo ao Estado um dever de proteção também nesta seara²⁸.

Assim, à exceção de uma vinculação exclusiva dos órgãos estatais, todas as normas de direitos fundamentais vinculam diretamente os sujeitos privados e, portanto, são eficazes nas relações entre particulares²⁹. A problemática, na realidade, não está em se defender a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, mas em avaliar e mensurar qual a amplitude e as consequências práticas dessa vinculação. Não parece ser viável a defesa de soluções uniformes, pois problemas como estes devem ser analisados conforme as especificidades do caso concreto, sendo insuficientes os modelos tradicionais adotados no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Essa inviabilidade de uma eficácia direta *prima facie* ou "absoluta" e a necessidade de se adotar soluções diferenciadas decorre também da estrutura da norma e da natureza principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Deveras, se tratando de relações entre titulares de direitos fundamentais, do ponto de vista comum às teorias da eficácia direta e indireta, sempre estarão presentes os conflitos ou situações de tensão que precisam de soluções distintas, de acordo com o caso concreto e dos direitos fundamentais em conflito, sendo em última análise, um problema de ponderação³⁰.

O problema "em que medida", em princípio, é resolvido no âmbito das relações entre particulares que assumem destaque tanto a dimensão jurídico-objetiva, quanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Fundamentando Sarlet³¹, entre outros efeitos, uma "eficácia irradiante" e um "dever geral de respeito" (ambos termos objetos de controvérsia quanto ao seu conteúdo e significado), assim como a necessidade de uma interpretação não apenas das leis, mas também dos atos de particulares, conforme a Constituição e, especialmente, conforme os direitos fundamentais. É também inequívoca a confluência e influência recíproca, entre as eficácias "vertical" e "horizontal", pois mesmo estando os particulares diretamente vinculados pelas normas definidoras de direitos fundamentais (nos casos em que o Estado o não for destinatário exclusivo), também e sempre estarão diretamente vinculados os órgãos estatais, em especial o legislador e os órgãos jurisdicionais, aos quais, no âmbito dos deveres de proteção, incumbe a obrigação de atuar

28 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 138.

29 Sobre o assunto vide: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 139.

31 Idem, p. 139-140.

(obrigação decorrente do fato de os direitos fundamentais terem eficácia e serem vinculantes) nas relações entre particulares para solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais dos diversos sujeitos privados.

Conclui-se, assim, que há a necessidade de uma análise sistemática, baseada nas circunstâncias específicas do caso concreto e que deverá ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão/conflito entre direitos fundamentais de diversos titulares, buscando-se sempre uma solução embasada na ponderação dos valores em pauta, norteadas pela busca do equilíbrio e concordância prática, de forma a não sacrificar por completo de um dos direitos fundamentais em questão, preservando na medida do possível a essência de cada um.

2 DIREITOS DA PESSOA CONSIDERADA EM SI MESMA: DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

A expressão Direitos Humanos tem sido objeto de polêmica, haja vista a tendência de utilizar indistintamente diversas expressões como sinônimas, comprometendo não apenas a sua compreensão, mas a sua aplicação e proteção. Frequentemente, são utilizados como sinônimos direitos humanos e direitos fundamentais, termos que, apesar da doutrina não especializada empregar indiscriminadamente, referem-se a instituições diferentes³².

Verifica-se na literatura jurídica uma diversidade semântica quanto à terminologia desses direitos, que ora são chamados de direitos humanos ou fundamentais quando se referem à tutela de determinados direitos do ser humano frente ao Estado e ora são chamados de direitos da personalidade ou direitos personalíssimos quando se referem à tutela de projeções do ser humano frente aos seus semelhantes. Essa é a clássica dicotomia dos ramos do direito que coloca de um lado os direitos humanos e os direitos fundamentais (direito público) e de outro os direitos da personalidade (direito privado), e se baseia no “*modelo da incomunicabilidade*”, na concepção de Judith Martins-Costa, onde “*Constituição e Código Civil andavam paralelos, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal, em razão do princípio da hierarquia das leis*”³³.

Um conceito de direitos humanos deve reconhecer sua dimensão histórica e também levar em consideração o fato de que eles não foram revelados para a humanidade em um único momento. Ao contrário, tais direitos foram construídos ao longo da história humana, através das evoluções e

32 LOPES, Ana Maria D’Ávila. A era dos direitos de Bobbio: Entre a historicidade e a atemporalidade. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 11, out./dez. 2011.

33 MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 65. Segundo a autora, “*o modelo de relacionamento entre Código Civil e Constituição era basicamente formal, hierarquizado e não-dialético: Por consequência, falar-se em relação entre Direitos Fundamentais e Direito Privado – ou, mais ainda, entre Direitos Fundamentais e relações jurídicas privadas – constituía uma impossibilidade histórica*” (p. 67).

modificações nas realidades social, industrial, política, econômica, entre outras³⁴.

O ideal seria a identificação dos direitos humanos internacionalmente regulados com os direitos fundamentais constitucionalmente positivados em cada Estado, sendo que estes últimos, conforme os defensores da teoria dos direitos naturais haviam proposto séculos antes, corresponderiam ao conjunto de normas básicas de todo ordenamento jurídico positivo, baseado no resguardo da dignidade do ser humano e nos valores da igualdade e da liberdade³⁵. Porém, nota-se que não se pode tratar como idênticos os termos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais por não haver uma total correspondência. Na prática, o que se vê é que cada Estado incorpora no seu ordenamento jurídico os Direitos Humanos mais próximos aos seus próprios valores e decide quais serão constitucionalizados (adquirindo a categoria de fundamentais) e quais competirão ao nível infraconstitucional e, até mesmo quais serão descartados ou ignorados. Partindo dessas premissas, e não retirando a historicidade dos conceitos, considera-se direitos humanos “*os princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos*” enquanto que os direitos fundamentais “*são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente*”³⁶.

Na origem histórica, a expressão direitos humanos se refere a determinados direitos, geralmente reconhecidos nos documentos internacionais, conferidos a todo ser humano exclusivamente em razão de pertencerem ao gênero humano, independentemente de sua vinculação a uma determinada ordem estatal³⁷. Em outras palavras, são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos, assumindo uma “*dimensão jusnaturalista-individualista*”³⁸. Já os direitos da personalidade guardam relação com a projeção desses direitos no plano interno, especificamente no âmbito das relações interprivadas.

Assim, em princípio, os direitos humanos são os mesmos da personalidade. A diferença é que os direitos humanos se referem aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, ou seja, deseja-se protegê-los contra as arbitrariedades do Estado, e os direitos da personalidade são os mesmos direitos sob o prisma do direito privado (relações entre particulares), ou seja, deseja-se protegê-los dos atentados perpetrados por outras pessoas³⁹.

34 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1. ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.13.

35 LOPES, Ana Maria D’Ávila. Op. Cit., p. 11.

36 Idem, ibidem.

37 Ingo Sarlet faz uma interessante distinção entre direitos do homem e direitos humanos. Os primeiros seriam os direitos naturais ainda não positivados, enquanto os segundos seriam os direitos positivados na esfera do direito internacional. SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

38 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 391.

39 DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade. Aspectos gerais. **Revista de Informação Legislativa**. Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, Brasília, outubro/dezembro de 1977, n. 56, p. 247.

Em que pese o exposto, é necessário o reconhecimento de que essa dicotomia compartimental entre direito público e direito privado é contrária à tutela plena da pessoa humana, que não raras as vezes exige a proteção do Estado e das sociedades intermediárias simultaneamente, como frequentemente se vê no direito de família⁴⁰. A tutela da personalidade não pode ficar contida em setores estanques, onde de um lado estão os direitos humanos e do outro as situações jurídicas de direito privado. À luz do sistema constitucional, a pessoa demanda proteção integrada de modo a superar essa dicotomia entre o direito público e direito privado, para que possa atender à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana⁴¹.

Desse modo, é inviável manter uma concepção exclusivamente privatística dos direitos da personalidade, sem reconhecer a sua vinculação e identificação com os direitos humanos⁴² e com os direitos fundamentais.

O direito da personalidade é entendido como o direito que tem qualquer ser humano de defender o que lhe é próprio, como privacidade, a intimidade, a honra, a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, entre outros, contra os particulares ou contra o Estado. Ou seja, é o direito subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos (pessoas públicas ou privadas), estando, no sentido material, inseridos na categoria de direitos humanos. Isso porque os direitos da personalidade têm por objeto a tutela do ser humano e de sua dignidade, não importa onde ela se manifeste, não havendo, portanto, como negar que eles constituem “*direitos humanos por excelência*”. Já a expressão “direitos fundamentais” se refere à certos direitos expressamente positivados no texto constitucional⁴³.

Para Sarlet, os direitos fundamentais são um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, sendo assim, direitos delimitados no espaço e no tempo, e sua denominação se dá pelo seu caráter básico e

40 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 38.

41 Idem, p. 52-53.

42 Conforme se colhe das lições de Francisco Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira, não há como se trancar os direitos da personalidade “*dentro do campo do direito civil, ignorando os fundamentais princípios que asseguram o respeito à dignidade da pessoa humana [...] no plano doutrinário, isso significa que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade a sua real amplitude. Para tal, é necessário vincular a noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem*”. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. n. 19, ano 19. Curitiba, UFPR, 1980, p. 228.

43 Paulo Luiz Netto Lobo entende que “os direitos fundamentais são atualmente concebidos como os direitos humanos positivados nas Constituições, explícita ou implicitamente. Não apenas os direitos de liberdade, de primeira geração, mas todos os que foram agregados como imprescindíveis à realização da dignidade humana”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445> . Acesso em: 24 jul. 2019.

fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito⁴⁴. Ou seja, são os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado⁴⁵.

Na expressão de Canotilho, os direitos fundamentais são os direitos humanos “jurídico-institucionalmente garantidos”, limitados no espaço e no tempo⁴⁶. Afirma ainda que muitos dos direitos fundamentais (mas nem todos) são direitos de personalidade, já que estes abrangem os direitos de estado (como os direitos de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoa, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Assim, devido à interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em nome da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, a tendência atual é cada vez mais os direitos fundamentais serem direitos de personalidade e vice-versa⁴⁷.

Sobre o assunto afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha que:

A manifestação dos direitos da pessoa na horizontalidade das relações entre particulares fez surgir o que vem sendo conhecido como direitos da personalidade. Estes não são diferentes dos direitos fundamentais da pessoa, nem o poderiam ser, porque tudo parte e converge para os fundamentos constitucionais dos direitos. [...] mas que é considerado também em seus contatos e na convivência entre particulares, neste espaço regendo-se por normas de direito privado⁴⁸.

No mesmo sentido, afirma Alexandre dos Santos Cunha que os direitos da personalidade são direitos fundamentais do indivíduo, “*subsumidos no princípio da dignidade da pessoa humana, em si direito fundamental, e, devendo ser alvo da tutela do Estado, são campo de livre exercício da autonomia privada, dela constitutivo, não podendo ser limitados senão tendo em vista a salvaguarda de direitos de terceiros*”⁴⁹.

Por outro lado, não há como se negar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais, razão pela qual alguns autores tem preferência pela denominação “direitos humanos fundamentais”⁵⁰. Alexandre de Moraes define os “direitos humanos

44 SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.32.

45 Idem, p. 36.

46 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 391. Capelo de Souza também reconhece essa tendência à fundamentalização constitucional dos direitos da personalidade. SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 585.

47 Idem, p. 394.

48 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.53.

49 CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 261.

50 BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: Paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38. Os direitos fundamentais, segundo o autor, representariam mera “abreviatura” de “direitos humanos fundamentais”. No mesmo sentido vide: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

fundamentais” como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do homem “*que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana*”⁵¹. Pérez Luño, define tais direitos como “*um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional*”⁵².

Portanto, não há dicotomia entre os direitos humanos e direitos fundamentais, devendo ser repelida qualquer tendência dissociativa, até mesmo porque discriminatória dos direitos humanos, já que lhes atribuem contornos amplos e imprecisos, sem concreção normativa⁵³. Cabe apenas a distinção dos direitos humanos dentro de uma escala de fundamentalidade, separando os direitos humanos (chamados de principais), por comporem princípios de outros direitos mais particulares que neles se fundamentam para dar-lhes maior concretude, de outros direitos humanos que os operam e materializam em situações bem determinada chamados de “direitos humanos operacionais ou instrumentais”, sendo que até estes, no momento e no lugar em que concretizam os principais, são fundamentais:

[...] o direito ao sono. Tomado em si mesmo, em abstrato, não há por que incluí-lo nas declarações de direitos entre os fundamentais. Mas, no tempo e no lugar em que ele protege a vida e a saúde humanas, como, por exemplo, à noite nas imediações do Aeroporto de Congonhas em São Paulo, ele é fundamental como o direito à vida e à saúde, que ele defende. [...], o direito de amamentar é igualmente operacional do direito à vida e à saúde⁵⁴.

Ainda, pode-se realizar uma distinção entre direitos formalmente e materialmente fundamentais, já que se identifica no catálogo de direitos fundamentais da Constituição vários dispositivos que, por não guardarem relação direta com a proteção da dignidade humana, não seriam direitos fundamentais em sentido material, à exemplo do caso dos artigos que tratam do alistamento eleitoral, da autonomia dos partidos políticos, da liberdade de associação sindical, entre outros⁵⁵. São direitos constitucionais apenas no sentido formal, todavia que poderiam constar da legislação infraconstitucional. Favorecem-se da positivação da Constituição, mas o seu conteúdo não pode ser considerado materialmente fundamental⁵⁶.

51 MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

52 CASTRO, J. L. Cascajo, LUNO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes. **Los derechos humanos**: significacion, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979, p. 43.

53 BARROS, Sérgio Resende de. Op. Cit., p. 38.

54 BARROS, Sergio Rezende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: **Anais – IV Congresso Brasileiro de Direito de Família- Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 610.

55 SARLET, Ingo W. Op. Cit., p. 150.

56 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 404.

Nesse sentido, todos os direitos fundamentais, em sentido material, são também direitos da personalidade e direitos humanos. A “fundamentalidade material”, que corresponde à derivação direta da dignidade da pessoa humana e à tutela dos valores essenciais de todos os seres humanos, é comum aos direitos humanos, aos direitos materialmente fundamentais e aos direitos da personalidade. A única distinção possível entre essas três categorias pode ser realizada somente no plano do direito positivo (formal), nas chamadas esferas de positivação, vez que é sabido que o catálogo de direitos humanos reconhecidos na ordem internacional é mais amplo que o elenco de direitos fundamentais constitucionais positivados na ordem estatal interna de cada país. Entretanto, no plano material, inexistem diferenças concretas⁵⁷.

Conclui-se, assim, que nem todos os direitos humanos estão positivados na Constituição ou no Código Civil. Por outro lado, se nem todos os direitos fundamentais em sentido formal caracterizam-se também como direitos da personalidade, todos os chamados direitos da personalidade são também direitos materialmente fundamentais e, tanto esses como aqueles são direitos humanos⁵⁸.



Figura 1⁵⁹

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PENAL

A presença de direitos da personalidade no direito positivo brasileiro é constante no Código Penal, Código Civil e inserida em preceitos especiais com repercussão no Direito

57 DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família, p. 01-57 (p.15). In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 2005. Disponível em: www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/34.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

58 Dentro da opção metodológica que o autor trilhou, explica que todas as vezes em que se refere à direitos da personalidade estará falando igualmente de direitos humanos, direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos materialmente fundamentais. Idem, ibidem.

59 DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família, p. 01-57 (p.15). In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 2005. Disponível em: www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/34.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

Comercial, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, do Trabalho, e sobretudo Constitucional⁶⁰. Assim, um único ato pode gerar lesão em mais de um âmbito.

O Código Civil dedicou um capítulo ao tema (Capítulo II – Dos direitos da personalidade – art. 11 ao art. 21), disciplinando a matéria, de caráter não exaustivo, buscando proteger o indivíduo no âmbito privado, através da preservação da liberdade e da autonomia própria de cada indivíduo⁶¹.

Constitucionalmente os direitos da personalidade são disciplinados em diversos artigos distintos, já que a Constituição de 1988, com a consagração máxima da dignidade, passou a ser o centro desta nova realidade jurídica⁶², primando por uma nova ordem jurídica na defesa da pessoa e autonomizando direito ao desenvolvimento da personalidade⁶³. Um dos pontos marcantes da pessoa no século XXI foi a tutela ampla e irrestrita dos direitos da personalidade, o que se nota através do artigo 5º, inciso X, da CF/88, combinado com os artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002 e com artigos alternados do Código Penal.

Veja-se que foi somente a partir de 1988 que se explicitou as regras fundamentais, de caráter geral, visando tutelar o ser humano em toda a sua amplitude “*dignidade, liberdade de manifestação de pensamento, inviolabilidade de intimidade, da vida privada, da honra e da imagem*”⁶⁴. A Constituição Federal pátria atual consagrou a dignidade humana princípio fundamental do Estado Brasileiro (art.1º, III) e ampliou significativamente o rol dos direitos e garantias fundamentais em relação às Constituições anteriores, atribuindo aos mesmos aplicabilidade imediata⁶⁵. Pela leitura do preâmbulo e dos primeiros artigos da Constituição e do *status* de cláusula pétrea dados a esses direitos, resta clara a opção constitucional pela centralidade da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais⁶⁶. Portanto, existe uma vinculação indissociável entre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, sendo este um dos postulados nos quais se assenta o Direito Constitucional hodierno.

No âmbito penal os direitos da personalidade foram inseridos no próprio Código Penal, como direitos de tutela repressiva, através de diversas figuras tipificadas como crimes, visando

60 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Os direitos da personalidade. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 3, n. 3, p. 05-19, 19 jan. 1995, p. 09.

61 BRASIL. Lei nº 10.406, DE 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 24 jul. 2020.

62 MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2003, p.81-83.

63 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, tomo II, p. 41.

64 CAHALI, Yussef, Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.62.

65 BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Brasil Jurídica, 2000, p. 93.

66 BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

proteger as pessoas contra atentados de outras, à exemplo dos delitos contra a vida, contra a saúde, contra a liberdade e a honra, entre outros⁶⁷. Ressaltando-se que as sanções penais não inibem as cíveis ou administrativas. Complementa Carlos Alberto Bittar que:

As figuras delituosas previstas no estatuto repressivo – e que levam em conta diferentes bens jurídicos que compõem a personalidade humana – espraiam-se desde os crimes contra a vida, com o homicídio (art. 121); o induzimento a suicídio (art. 122); o infanticídio (art. 123) e o aborto (art. 124); aos crimes de periclitacão da vida e da saúde, com diversas situaões de perigo (arts. 130 a 136) e à rixa (art. 137); aos crimes de lesões corporais (art. 129); aos crimes contra a honra, compreendendo a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139) e a injúria (art. 140); aos crimes contra a liberdade individual, com o constrangimento ilegal (art. 146), a ameaça (art. 147), o seqüestro e o cárcere privado (art. 148), e a reduão à condião análoga à de escravo (art. 149); aos crimes contra a inviolabilidade do domicílio (art. 150) e aos crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152, incluídas as de comunicaão telegráfica, radioelétrica ou telefônica, e a de correspondência comercial), e, por fim, aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos (comum e profissional) (arts. 153 e 154)⁶⁸.

No Brasil afirma-se que a tutela penal foi precursora na defesa dos direitos da personalidade, punindo os crimes cometidos contra a vida, a integridade física, psíquica e moral⁶⁹.

Atualmente entende-se que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos do indivíduo e da comunidade e a proteção desses bens é imprescindível para resguardar as condiões de vida, a paz e o desenvolvimento social, motivo pelo qual o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos resumiu-se em verdadeiro axioma da ciência do Direito Penal⁷⁰. De outro lado, esse princípio ressalta a importante função político-criminal cumprida pelo bem jurídico como um dos principais critérios de individualização e de delimitação da matéria objeto de tutela penal⁷¹.

Assim, a sanção penal mostra-se como reserva de *ultima ratio*, necessária à proteção de bens jurídicos que, por sua vez, cumprem a finalidade de tutela da pessoa humana, objeto final de proteção do ordenamento jurídico⁷².

Quanto à incidência dos direitos da personalidade no âmbito penal, salienta-se que a legislação penal se trata de um complexo normativo estruturado e baseado em deveres e a doutrina portuguesa ensina que existem deveres jurídicos, correspondentes aos direitos subjetivos alheios, que restringem a existência e a validade do direito geral de personalidade, tais como os deveres criminais de primeira linha que criam obrigação de não praticar crimes. Contudo, adverte-se que o próprio titular dos direitos da personalidade pode ser limitado por deveres próprios e não correspondentes aos direitos subjetivos alheios, à exemplo do dever de cumprir uma medidas de

67 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 50-51.

68 Idem, *Ibidem*.

69 LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Coord.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001, p. 161.

70 PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituião**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24.

71 Idem, p. 15.

72 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.180.

segurança⁷³.

Nesse sentido, verifica-se que muitas são as normas de Direito Penal que tipificam infrações cometidas contra bens jurídicos reconhecidos como objeto de direitos da personalidade, tais como crimes contra a honra, contra a integridade física e a vida, contra a liberdade individual, dentre outros, surgindo, então, a problemática a respeito da possibilidade das normas penais tratarem sobre bens de direito privado derivados de direitos subjetivos⁷⁴.

É facilmente compreensível que os direitos da personalidade resultam de norma de direito privado e de direito público, estando a problemática resolvida. Entretanto, esta conclusão leviana pode ser rechaçada pela assertiva de que a proteção penal é pública, já que a lesão ao Direito Penal é estabelecida no interesse público, concluindo-se assim que para solucionar o problema é necessário examinar a função da norma penal⁷⁵.

O cerne do Direito é garantir e defender um sujeito de outrem, de acordo com cada caso em concreto, de modo que a tutela jurídica tem por objetivo as situações particulares relativas aos bens denominadas de “interesses”, e não tais bens considerados em si mesmo. O interesse público é a vontade coletiva do Estado, compreendendo todos os interesses singulares, através do qual o Estado prepara a tutela penal, vez que os considera como próprios (individuais) e não de terceiros. Já o interesse privado é a ofensa à determinado indivíduo lesado através da violação da norma penal. Depreende-se, assim, que a tutela dos interesses privados é puramente reflexa ou imediata, já que os interesses lesionados determinados por cada infração são resguardados pelo Direito Penal, já que coincidem com o interesse do próprio Estado⁷⁶.

Fato é que independentemente da posição adotada, os interesses privados são também objeto de tutela penal, propositalmente ou por coincidentemente, pois quando o Estado proíbe através da norma penal, ele tutela o interesse privado e público. Isso porque a norma jurídica é criada com o fito de a finalidade de proporcionar a utilidade geral, decorrência da obrigação do Poder Legislativo de levar em consideração o interesse de todos. Também, partindo-se da premissa que a sociedade é constituída pelos indivíduos, tais normas também são criadas nos interesses dos mesmos⁷⁷.

Necessário ressaltar que aos sujeitos dos interesses privados tutelados não é dado o poder de aplicar da sanção penal⁷⁸, logo, alguns interesses privados (como a honra, liberdade, vida, entre

73 ALEIXO, Rabindranth Valentino; SOUSA, Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 526-528.

74 CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 39.

75 Idem, p. 40.

76 CUPIS, Adriano de. Op. Cit., 2004, p. 40-41.

77 Idem, p. 41- 42.

78 Idem, *Ibidem*.

outros direitos da personalidade) podem ser tutelados por normas penais, ainda que reflexamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem o intuito de esgotar o tema, ou, ainda, de traçar conclusões inéditas sobre o mesmo, o presente trabalho teve como objetivo coligar ideias e teses acerca dos direitos da personalidade, em especial no âmbito penal.

Nada obstante a previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas a respeito dos direitos da personalidade, as mesmas não logram êxito em resguardar uma proteção exaustiva à pessoa humana, ou seja, não tutela todas as irradiações da personalidade em todas as suas formas de manifestações possíveis. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, tornou-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja titular a pessoa humana. Ademais, a rigorosa divisão do direito público e privado nem sempre se mostra satisfatória para a proteger a personalidade que, na maioria dos casos, necessita de proteção ao mesmo tempo do Estado e das sociedades intermediárias (empresa, família, associações, entre outros), como se vê frequentemente nos casos de direito de família, entre outros, surgindo a necessidade de superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado.

Através da constitucionalização do direito privado, percebeu-se que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva, desempenham outra função, quer seja o estabelecimento de valores na sociedade (dimensão objetiva). Tais valores irradiam por todo o ordenamento jurídico, de modo que a Constituição é enxergada como ordem de valores.

A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. À exceção de uma vinculação exclusiva dos órgãos estatais, todas as normas de direitos fundamentais vinculam diretamente os sujeitos privados e, portanto, são eficazes nas relações entre particulares. Nas relações trabalhistas, por exemplo, como relações privadas, estão sujeitas à vinculação do particular empregador aos direitos fundamentais, uma vez que se tratam de relações marcadas pela desigualdade e pela existência de um poder social do empregador. Em caso de colisão de conflito de direitos fundamentais, com base nas circunstâncias específicas do caso concreto, deve-se buscar sempre uma solução embasada na ponderação dos valores em pauta, norteadas pela busca do equilíbrio e concordância prática, de forma a não sacrificar por completo de um dos direitos fundamentais em questão, preservando na medida do possível a essência de cada um.

De forma simplista e pela tradicional doutrina da dicotomia entre o Direito Público e o Privado, a expressão direitos humanos se refere aos princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos

os tempos, enquanto a expressão direitos fundamentais designa a positivação destes direitos na Constituição de cada Estado, ou seja, são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente. Por outro lado, quando se fala em Direitos da Personalidade, verifica-se que estes exercem, em tese, a tutela jurídica no âmbito do direito privado, e estão consagrados na legislação infraconstitucional e constitucional. Em tese, porque atualmente Sarlet fala em vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, culminando em uma confluência entre os direitos humanos, fundamentais e da personalidade, daí a necessidade de superação da citada dicotomia.

Assim, superada a divisão entre Direito Público e Privada, conclui-se que nem todos os direitos humanos estão positivados na Constituição ou no Código Civil. Por outro lado, se nem todos os direitos fundamentais em sentido formal caracterizam-se também como direitos da personalidade, todos os chamados direitos da personalidade são também direitos materialmente fundamentais e, tanto esses como aqueles são direitos humanos.

A Constituição Federal pátria atual consagrou os direitos da personalidade no artigo 5º do Texto Constitucional, com o *status* de cláusulas pétreas, inovando toda a ordem jurídica pré-existente referente ao tema e sem qualquer restrição quanto à sua proteção. A isso não poderia ficar indiferente o Direito Penal: como instrumento de tutela dos mais importantes bens jurídicos constitucionais (teoria constitucional eclética), incumbe a este ramo do ordenamento importante papel na tutela dos direitos da personalidade (vida, integridade física, honra e liberdade), ainda que não de forma primária, mas subsidiária e, de preferência, somente na medida em que possa demonstrar eficácia.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Rabindranth Valentino; SOUSA, Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: Paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Sergio Rezende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In: Anais – IV Congresso Brasileiro de Direito de Família- Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Brasil Jurídica, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1. ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Lei nº 10.406, DE 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm . Acesso em 24 jul. 2020.
- CAHALI, Yussef, Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina.
- CASTRO, J. L. Cascajo, LUNO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes. **Los derechos humanos: signification, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.
- DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade. Aspectos gerais. **Revista de Informação Legislativa**. Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 56, Senado Federal, Brasília, outubro/dezembro de 1977.
- DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família, p. 01-57. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 2005. Disponível em: www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/34.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Coord.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445> . Acesso em: 24 jul. 2019.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A era dos direitos de Bobbio: Entre a historicidade e a atemporalidade. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 07-19, out./dez. 2011.

- MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. *In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os Direitos da Personalidade.** Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 19 jun. 2020.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** São Paulo: Renovar, 2003.
- MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2003.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR.* n. 19, ano 19. Curitiba, UFPR, 1980.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Os direitos da personalidade. **Revista Pensar,** Fortaleza, v. 3, n. 3, p. 05-19, 19 jan. 1995.
- PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais E Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o direito público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 107-163. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2018/03/SARLET-Direitos-fundamentais-e-direito-privado.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In: DIDIER JR., Fredie (org.). Leituras Complementares de Processo Civil.* 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009.
- SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do

Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, tomo II.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; DE OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 19, p. 208-220, 2018.

ENTRE VIOLÊNCIAS, LATAS DE LEITE, GRADES E PANDEMIA: UMA ANÁLISE DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL

Luma Teodoro da SILVA¹

RESUMO

Considerado o aumento significativo do número de criminalidade feminina ocorrido nos últimos vinte anos no Brasil, o presente trabalho traz os motivos e consequências dessa nova realidade na vida das mulheres, abordados pela Criminologia Feminista e Cultural, que são correntes de estudos que se desenvolveram a partir da Criminologia Crítica, com aspectos renovadores antes não debatidos. Além disso, importante olhar tais condições das encarceradas em uma visão própria de suas vivências, o que se faz possível por intermédio da Literatura e outras Artes brasileiras, que narram essas experiências “vistas de baixo”, com sensibilidade e realidade, ou seja, pela voz de quem de fato está inserida em grupos vulneráveis e já passou pelo sistema de (in)justiça criminal. Também, importante analisar os dados do último INFOPEN – Mulheres, em que fica evidente que há um perfil seletivo entre as presas brasileiras, com semelhança nos crimes por elas cometidos. Por esses levantamentos, é preciso verificar, portanto, se há uma interferência pelo modo de sociedade vivido, seja relacionado a questões sociais ou econômicas ou pelas tantas violências de gênero presentes no país, na ocorrência dos delitos e por qual motivo começou a se aprisionar mais no meio feminino. Do mesmo modo, será feita análise de como a criminalidade e as violências em face das mulheres se agravaram no período excepcional de isolamento social acometido pela pandemia da COVID-19. Por fim, ressalta que o trabalho se tornou possível por uma revisão literária técnica e interdisciplinar de estudos, numa metodologia indutiva de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia; Sistema Prisional; Feminismo; Direito e Arte.

ABSTRACT

Considering the significant increase in the number of female criminality that occurred in the last twenty years in Brazil, the present work brings the reasons and consequences of this new reality in the lives of women, defined by Feminist and Cultural Criminology, which are currents of studies that developed from of Critical Criminology, with renovating aspects not previously discussed. In addition, it is important to look at these conditions of incarcerated women in their own view of their experiences, which is made possible through Literature and other Brazilian Arts, which narrate experiences “seen from below”, with sensitivity and reality, that is, through the voice of those who are in fact inserted in vulnerable groups and have already gone through the criminal (in) justice system. Also, it is important to analyze the data from the last INFOPEN - Women, in which it is evident that there is a selective profile among Brazilian prisoners, with similarity in the crimes committed by them. For these surveys, it is necessary to verify, therefore, if there is an interference by the way of society lived, whether related to social issues or economics or so many gender-based violence present in the country, in the occurrence of crimes and for what reason it began to imprison itself more in the half female. Likewise, an analysis will be made of how criminality and violence

1 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (2018). Pós-graduada, com especialização na área de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pela Projuris Estudos Jurídicos (2020). Foi estagiária do Cartório Cível e Anexos da Comarca de Siqueira Campos/PR (2014-2015), estagiária no Gabinete do Juiz da mesma Comarca de 2016 a 2019. Atualmente é advogada pela Ordem dos Advogados do Brasil do Paraná, com escritório profissional particular situado em Siqueira Campos/PR. Tem experiência na área jurídica, com ênfase em Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Psicologia Jurídica, Direito de Família e Infância e Juventude. Pesquisadora, atuando principalmente nos seguintes temas: Sistema Prisional, Justiça Penal, Criminologia Feminista e Direito e Arte. Membro da Comissão dos Advogados Iniciais e Secretária do Conselho da Comunidade da Comarca de Siqueira Campos/PR (órgão da Execução Penal).

against women worsened during the exceptional period of social isolation affected by the pandemic of COVID-19. Finally, he points out that the work was made possible by a technical and interdisciplinary literary review of studies, using an inductive research methodology.

KEYWORD: Criminology; Prison System; Feminism; Law and Art.

I INTRODUÇÃO

Apesar de ainda ser menor o número do encarceramento feminino se comparado ao masculino, a evolução do crescimento do primeiro é superior e mais acelerado que o do segundo entre os últimos quinze a vinte anos, momento histórico coincidente ao mesmo em que as mulheres começam a ganhar espaço em outras áreas, fora do ambiente doméstico, do lar – modelo imposto pela sociedade convencional burguesa nas sociedades capitalistas –, bem como com o período em que mulheres negras saem de uma “falsa abolição” e vão para as periferias serem exploradas de novas maneiras.

Veja que não somente os dados referentes ao mundo do crime e ao aprisionamento de mulheres aumentaram, como também o número de violências cometidas em face dessas. Além disso, há um crescimento de mães solas, que sustentam suas grandes famílias sozinhas e que precisam lutar muito contra um sistema opressor, machista e desigual. Muitas dessas ou são submetidas ao mundo do crime após serem vítimas de violências múltiplas ou então socorrem à criminalidade pela falta de um simples alimento aos filhos (como é o caso de tantos relatos de furtos de latas e caixas de leite por mulheres mães no Brasil).

Da mesma forma, é corriqueiro observar que o cometimento de alguns delitos pelas mulheres é realizado por meio da submissão de seus companheiros, como é o caso quase unânime dentro do tráfico de entorpecentes. Muitas são flagradas e pegas ao levarem drogas a marido ou a outro familiar do sexo masculino nos estabelecimentos prisionais, condicionadas a graves ameaças de vida, ou obrigadas a fazer o trabalho de “mula” (transporte do ilícito) e da contabilidade.

Contudo, apesar de haver uma ideia de que mulheres são seres dóceis e menos capazes de cometer crimes que homens, muitas vezes sendo submetidas ao mundo do crime sem suas vontades, essa não é uma regra, pois conforme narrado inicialmente, os fatores que levam a mulher até um delito são muitos e dizer que essas são incapazes para tanto é um dos elementos que ajuda a estimular o universo feminino como inferior nos campos sociais mais diversificados.

Dessa maneira, será feita análise, num primeiro momento, do modelo de estudos avançados da Criminologia Feminista, que se originou de um período posterior à Criminologia Crítica, bem como da Cultural e artística, a fim de compreender os fenômenos problemáticos objetos do presente trabalho e a construção histórica do encarceramento feminino por um olhar

visto de baixo e mais humanizado.

Após, com base em dados estatísticos e nas vivências femininas no cárcere e no mundo do crime, obtidos pela leitura de livros, análise de documentários e letras musicais, se chegará na realidade brasileira dessas mulheres, que vivem de perto uma justiça criminal que não foi pensada nelas. Um sistema completamente machista e impossível de humanizar e devolver à sociedade, depois da prisão, qualquer indivíduo, mas que se torna ainda mais conturbado quando se trata do mundo feminino.

Ao final, é preciso fazer uma ligação de todo o estudo ao aumento da violência sofrida por mulheres durante as condições diferenciadas de isolamento social, surgidas após a pandemia da COVID-19, e detalhar como o mundo feminino vem sofrendo dentro e foras das prisões femininas, ambientes estes que reforçam como ainda há uma sociedade fortemente desigual em gênero.

II A CRIMINOLOGIA FEMINISTA E CULTURAL

Dentro do direito brasileiro há várias contribuições que levam à Criminologia Feminista, como a formulação da Lei Maria da Penha e suas alterações subsequentes, bem como a Lei 13.104/15, que alterou o artigo que versa sobre o homicídio no Código Penal, momento em que surgiu o feminicídio como circunstância qualificadora do referido crime e inserido no rol de crimes hediondos. Também as alterações voltadas para os direitos das presas e condições específicas de cumprimento da pena feminina fazem parte dessa corrente de estudo.

Se observa que a forma como se deram essas formulações e seus contextos históricos se inserem no modelo de pensamento jurídico que busca trazer para o centro dos estudos criminológicos a condição e as perspectivas das mulheres, tentando subverter um sistema legal machista e que pratica aversão e ódio pelo gênero feminino.

Em período anterior, algumas outras foram as contribuições brasileiras para os estudos feministas, como o movimento que levou mulheres, durante o regime militar, se unirem e marcharem em defesa da cultura e contra a censura da época, bem como o grupo “Nós Mulheres”, de São Paulo, que lançou o primeiro jornal feminista e, logo, a criação do Conselho Estadual da Condição Feminina, também em São Paulo, que manteve um importante diálogo do movimento feminista com o Estado, o que acarretou no surgimento da primeira Delegacia Especializada da Mulher, no ano de 1985.

Porém, embora seja legítima e de grande contribuição histórica essas lutas e alterações legislativas, ainda não são suficientes para a contenção dos crimes cometidos em face das mulheres e não mudam, na prática, a forma como são tratadas. Por outra perspectiva, também não são unicamente capazes de compreender a condição da mulher criminosa, posto que inseridas numa

justiça feita de homens para homens e que não evidenciam as especificidades do mundo feminino.

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 afetivo familiares 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, 2013, p. 152).

De acordo com essa ideia, há vários estudos feministas que afirmam haver uma desigualdade de gênero dentro do mundo do crime e da justiça penal, onde mulheres são punidas mais severamente, justamente pela condição de serem mulheres, o que leva a julgadores acreditarem na discrepância entre a conduta feminina criminosa e a conduta que se espera delas, a qual é maior em relação aos homens, e resulta numa punição, por vezes, mais radical e cruel por terem cometido um crime e por transgredirem o comportamento esperado por elas, que é relacionado à mulher dócil, domesticada e submissa ao patriarcado.

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos "dóceis". A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma "aptidão", uma "capacidade" que ela procura aumentar; e inverte por um lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. (FOUCAULT, 1987, p. 119).

Olhado a esse campo histórico, pode-se dizer que o próprio lar foi e ainda é uma prisão para a mulher, pelo que torna imprescindível trazer aos debates as questões de gênero. Para Joan Scott (1999), um dos usos frequentes do "gênero" é o de tornar claro e preciso que os distintos papéis atribuídos a homens e mulheres são socialmente construídos sobre seus corpos sexuados, mas que não decorrem nem do sexo nem da sexualidade, e, dessa forma, se busca um afastamento de explicações essencializantes sobre diferenças entre os indivíduos.

O conceito de gênero implica ainda compreender que os papéis e os comportamentos de homens e mulheres são definidos em termos recíprocos e influenciados por fatores relacionados ao contexto histórico, social e cultural. (VIANA; RIDENTI, 1998).

Na sequência do que já ocorria desde a baixa Idade Média, os discursos tanto médico, quanto moral desenvolvem o medo que as mulheres se tornem incontroláveis se ascenderem ao poder de decisão, já que estas são por natureza predispostas ao mal. E os juristas legitimam a desigualdade de tratamento segundo o sexo, afirmando que no fundo as mulheres desejam ser protegidas contra si próprias. (MENDES, 2014, p. 38).

Por esse cenário, as funções das mulheres como esposas e mães – mulheres em submissão dentro do lar – foram corporizadas como os "ideais femininos da sociedade burguesa", dos quais ao

não seguir, se afastar, indo contra as tradições, a mulher sucumbiria ao crime, algo visto como negativo, e era severamente julgada, como ainda se vê nos dias atuais. Pouco começou a mudar quando essas personagens passaram a ocupar as fábricas.

A partir disso, em meados do século XIX, as mulheres, após iniciarem suas lutas pelas conquistas por maiores espaços, fazem críticas a formação daqueles já conquistados, onde eram antes destinados a homens (como o trabalho produtivo), com reivindicações do tipo: melhores condições de trabalho e reconhecimento de direitos sociais e políticos. Também começam a se organizar e debater questões que envolvem a desigualdade de gênero.

Entretanto, a mulher negra, que mais tarde foi habituar as periferias, já era escravizada (trabalhava) e também considerada ainda mais inferior e indigna de direitos do que as mulheres brancas que estavam conquistando as fábricas e outros campos de trabalho relacionados aos homens, o que resultou num número excessivo de violências e exclusão social que permanecem até os dias atuais. São mulheres que vivem ciclos viciosos, e tanto quanto severos e trágicos, em quadros de múltiplas violências.

Angela Davis (2016) detalha que, enquanto negras, essas mulheres sempre trabalharam mais do que as brancas, afastadas do ambiente do próprio lar, o que fez com que, mesmo com o fim da escravidão (nos antigos moldes), ainda fosse reproduzido padrões estabelecidos, onde essas mulheres têm todos os outros aspectos de suas existências ofuscados pela exploração, seja no trabalho, em casa ou nas ruas, sendo assim, vistas, desde sempre, como “anomalias”, por estarem afastadas do ideal feminino branco.

A Autora explica ainda que:

Como mulheres, as escravas eram inerentemente vulneráveis a todas as formas de coerção sexual. Enquanto as punições mais violentas impostas aos homens consistiam em açoitamentos e mutilações, as mulheres eram açoitadas, mutiladas e também estupradas. O estupro, na verdade, era uma expressão ostensiva do domínio econômico do proprietário e do controle do feitor sobre as mulheres negras na condição de trabalhadoras. Os abusos especialmente infligidos a elas facilitavam a cruel exploração econômica de seu trabalho. [...]. (DAVIS, 2016, p. 26).

Nas palavras de Bell Hooks (1995), as mulheres que mais sofreram e ainda sofrem são as negras, posto que consideradas “só corpo, sem mente”. Desde a escravidão, tais corpos eram controlados e havia a ideia de que somente serviriam para a geração de outros escravos. Para justificar essa exploração caracterizada como “masculina branca” e o estupro das negras ao longo da escravidão, a cultura branca, que detinha poder sobre as demais raças, teve que produzir uma iconografia de corpos de negras que insistia em representá-las como altamente dotadas de sexo – indomesticáveis, incontrolláveis, fogosas –, uma perfeita encarnação de um erotismo primitivo e desenfreado.

Assim, apesar de mulheres brancas e pretas sofrerem com o patriarcado e a opressão de gênero, as segundas, ao longo da história, foram duplamente vítimas do que a escravidão expôs: o racismo e o sexismo. E essa vivência, marcada por violência e segregação, pode ser entendida de forma mais humana e realista por Carolina de Jesus – mulher preta, pobre, periférica, mãe de dois filhos –, que relatou em seu livro “Quarto de Despejo”: “esqueitei o arroz e os peixes e dei para os filhos. Depois fui catar lenha. Parece que vim ao mundo predestinada a catar. Só não cato felicidade”. (1963, p. 72).

Notório que por muito tempo as mulheres não tiveram poder. Aquelas que o alcançaram durante o passar dos tempos fizeram-no a título excepcional. Em todas as sociedades históricas que conhecemos, as mulheres estiveram submetidas aos homens. Contudo, em casos muito especiais, uma ou outra mulher ocupou o poder soberano [...] a possibilidade de exercer o poder por parte das mulheres será sempre uma exceção quando o patriarcado é forte. Contudo, assistimos agora a uma inovação radical, onde o patriarcado está gravemente afetado em vários e importantes pontos do planeta. Contudo, ainda está muito longe de estar morto. (VALCÁRCEL, 2014, pag. 7-8).

Portanto, mesmo após um longo período de “caça às bruxas” (mulheres que eram julgadas por não se submeterem ao que se esperavam delas, pela conduta modelo imposta pela igreja ao lado do sistema capitalista), ainda há hoje certa perseguição e estigmatização do gênero feminino, que vem acompanhado de mudanças sociais, onde mulheres ocuparam diversos espaços, pelo que tornou necessária uma modificação dos estudos da Criminologia Crítica convencional para a Feminista.

O feminismo não é somente melhorar a situação das mulheres, é criar um mundo sem desigualdade, sem a exploração do trabalho humano que, no caso das mulheres, se transforma numa dupla exploração. [...]. Há toda uma história de mulheres que precisam vender seu corpo, não somente na prostituição, em todas as profissões. (FEDERICI, 2019, p. 1).

Para Vera Andrade, a Criminologia Feminista introduziu no campo criminológico outras categorias que por muito tempo foram ignoradas nos estudos, sendo elas “o patriarcalismo (ao lado do capitalismo) e relações de gênero (ao lado da luta de classe) e as formas de dominação masculinas (sexistas) sobre a mulher (ao lado da dominação classista)”. A partir do surgimento de mulheres estudiosas na área, sustentando suas teses na luta feminista, se passou a afirmar que a gênese da opressão das mulheres não pode se reduzir à sociedade capitalista, pois, se esta oprime para o gênero feminino, sua opressão é anterior e diferenciada, produto da estrutura patriarcal da sociedade. (2003, p. 93).

Diante disso, é preciso ir muito além ao direito penal simbólico e politizar tais questões no debate público e denunciar, por intermédio dessa criminologia, os riscos da utilização do sistema de

justiça pelas mulheres, uma vez que o contexto machista, sexista e misógeno, além de não prevenir a violência contra elas, as impõe num ciclo baseado em desconfiança e julgamento de suas moralidades e atitudes, sendo as mulheres vítimas ou delinquentes. Julgadas, por vezes, mais severamente quando se trata de um mesmo ato praticado por um homem, em todas as esferas de suas vidas.

Para corroborar a análise de gênero, em especial voltada às mulheres, se tem respaldo também nos estudos artísticos, como documentários, letras musicais e literaturas, sem serem técnicos e jurídicos, porém que são políticos, críticos e trazem à pesquisa um olhar mais humano e analisado por uma “história vista de baixo” – ideia extraída da corrente historiográfica “history from below”, de Edward Palmer Thompson –, com ênfase nos grupos de mulheres que são, de alguma forma, marginalizadas e oprimidas e que de fato passam por esses ciclos de violência e desigualdade. Logo, deve-se extrair questões da Criminologia Cultural, para compreender tais pontos.

À vista disso, a precisão de um olhar mais sensível e interdisciplinar tende a não somente acrescentar aos relatos históricos existentes a questão das realidades das mulheres, como também desconstruir os pressupostos das explicações históricas dominantes, ao ouvir o mundo feminino e colocar o gênero no centro da escrita histórica. Portanto, ao invés de um estudo sobre mulheres realizado por homens e pessoas cuja realidade se encontra distante do problema, deve ser produzido um exame da construção histórica das relações de gênero de forma mais humana e aproximada com o dia-a-dia das vítimas desses processos, ou seja, quem é a oprimida do sistema machista.

Observa, por essa ótica, que essas tantas violências femininas sofridas, as quais muitas vezes levam a mulher ao mundo do crime, podem ser melhor expostas em livros como “Presos que menstruam”, de Nana Queiroz; “Prisioneiras”, de Dráuzio Varella; ou então músicas como “Coroação”, do grupo Rimas e Melodias; e o documentário “As Mulheres e o Cárcere”, produzido pela Pastoral Carcerária Nacional.

Desde que nasci vítima da crueldade que o racismo dita. Vítima. Da história que os livros de história ainda invisibiliza. Chega de senzala, Dandara. Nossa luz exala superação. Desde a senzala nosso corpo sempre foi alvo da hipersexualização. Canto alto por libertação, legitimação. Ouça nossa voz, nova geração, não corremos sós. [...]. Sonhos que tiraram das nossas mães. Tanto dano, fruto de tanta ambição. Quantas Maria Eduarda vão ter que morrer pra despertar sua comoção. Seus olhares são como balas perdidas, não hesitam em barrar nossa ascensão. [...]. Na casa grande o senhor do engenho burla leis, chamam de política. Na cidade grande o senhor do engenho se chama Segurança Militar. [...]. O papo é de progresso não de intriga, mas se liga. Querem te vender uma imagem europeia que não condiz com a tua. Pretinha não abraça que não estamos na Tv e sim na rua. Porque lá somos a cota, só nos chamam quando eles querem. Botam meia dúzia pra não ficar chato mas sabemos o que preferem. Termos pejorativos nos referem, que a nossa beleza e exótica. Eu não sou mula nem anta, examine sua ótica. [...]. Não vou carregar esse estigma e terão que nos levar a sério. Várias pretas articuladas nós temos poder pra montar um império. Marruda nós somos, fechamos a cara. Fortemente a gente declara que nós não vamos

morrer na praia, então se prepara! É sobre lutar, sobre nos amar. É sobre viver e sobreviver. É sobre lutar, sobre conquistar. É sobre fazer valer. [...]. (RIMAS E MELODIAS, 2017).

No país, a Criminologia dialoga com a Arte e os grandes problemas que submetem mulheres a tantas violências e as levam para dentro das grades podem ser (re)significados ao demonstrar como o mundo feminino é subordinado a passar por grandes obstáculos – portas que se fecham, solidão, exploração, fome e, no momento, a pandemia –, em relatos extraídos de dentro dos movimentos artísticos.

A expressão da arte ou da cultura pode ser premissa primeira para uma pressuposição de certo e errado, que, por extremamente relativos, tal qual o sentido de belo, induzem à necessidade de superação das dicotomias belo e feio. Há “nos fenômenos artísticos uma realidade superior” ou similar com uma existência mais sensível. Não se pretende tomar a Arte ou a Cultura para o Direito, mas provocar sua sensibilidade para um cotidiano real do qual deveria se ocupar. Resgatar os valores e conhecimentos ético-filosóficos para a compreensão da alteridade como horizonte de um Direito que ultrapasse a posituação e sua (in)eficácia. (GUADAGNIN, 2013, p. 5).

Desse modo, os movimentos culturais tendem a ser elementos de inclusão ao permitirem a expressão de diferentes realidades e experiências de vida, mesmo que o sistema de justiça criminal não esteja preparado para abranger a pluralidade de culturas marginalizadas no Brasil e seus costumes, e a Criminologia Cultural vem ao debate atrelada a um exercício econômico exercido sobre uma massa historicamente estereotipada como criminosa e monstruosa.

A arte como um balançar/sacudir a sociedade do controle e do medo, sendo função que destoa do tecido social: “tem-se dito que o teatro não se propõe desenvolver ações, mas representar condições”, embora noutro sentido e outra época, expressa bem a função da arte de poder ser “condição de se relacionar com o outro a partir das [...] diferenças”. Uma possibilidade para romper o abismo existente entre sociedade e cárcere para o alcance dosentido do Outro em sua maior subjetividade de ser/existir, para o (re)conhecimento e o encontro. (GUADAGNIN, 2013, p. 11).

Posto isso, conclui ser imprescindível novas propostas, que nasçam para explicar o crime e a criminalidade fora dos contornos antes apontados e que possam, não dar voz, mas expor a voz e vivências das mulheres dentro e fora do cárcere, que passam pelo duplo julgamento e são submetidas à diversas violências, que aumentam de acordo com o acúmulo de vulnerabilidades em que se inserem, o que também será trabalhado mais detalhado no capítulo a seguir.

III REALIDADE E VIVÊNCIAS DENTRO E FORA DO CÁRCERE FEMININO

A maioria das mulheres encarceradas, hoje, no país, cumprem suas penas em regimes inadequados e em estabelecimentos prisionais que não foram pensados para mulheres. Ao todo são 773.151 presos e desses, aproximadamente, 37.828 menstruam. (BRASIL, 2020).

Pelos últimos dados do último INFOPEN - Mulheres (2019), há um déficit de vagas que chega a quase 6.000, perfazendo uma taxa de ocupação de 118,8% presas no Brasil, sendo que no

período de 2000 à 2017, foi possível observar o constante crescimento da população prisional feminina, que chega a 698%. Além do encarceramento em massa, também há diversos problemas que giram em torno da não aplicabilidade dos direitos básicos das presas previstos na Lei de Execuções Penais.

Por esses apontamentos, o INFOPEN (2019) traz a informação de que não há estabelecimentos próprios para gestantes, lactantes, nem creches, ou seja, há apenas 55 unidades em todo o país que declararam apresentar cela ou dormitório para gestantes; somente 3,20% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil; e, vergonhosamente, só 0,66% das unidades prisionais do país declararam contar com espaço de creche. Isso sem considerar que 74% das encarceradas são mães, mulheres jovens, negras e de pouca escolaridade, e 45% dessas, apesar de privadas de liberdade, ainda estão sem julgamento.

Ainda, acerca do perfil das mulheres presas, Angela Davis explica que muito está ligado ao recente processo de “abolição”, que na verdade não deixou de escravizar mulheres negras, apenas puni-las e domina-las de outras maneiras (2016, p. 105):

Essa deturpação do sistema de justiça criminal era opressiva para toda a população saída da escravidão. Mas as mulheres eram especialmente suscetíveis aos ataques brutais do sistema judiciário. Os abusos sexuais sofridos rotineiramente durante o período da escravidão não foram interrompidos pelo advento da emancipação. De fato, ainda constituía uma verdade que “mulheres de cor eram consideradas como presas autênticas dos homens brancos” [9] – e, se elas resistissem aos ataques sexuais desses homens, com frequência eram jogadas na prisão para serem ainda mais vitimizadas por um sistema que era um “retorno a outra forma de escravidão”.

Na ADPF 347 também é frisado alguns dos problemas encontrados no dia a dia das presas, como a ausência de estabelecimentos adequados, funcionários e profissionais para os cuidados com a saúde das gestantes presas e de outras com suas especificidades, nem mesmo lhes são assegurados acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou ao recém-nascido, faltando, inclusive, fornecimento regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene próprios às condições biológicas femininas.

Ademais, os estabelecimentos prisionais se mostram como “masmorras medievais”, servidas pelo Estado para “depósitos de lixos humanos”, conforme se vê em parte do voto que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro:

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. 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. (2015, p. 18-19).

Para Georg Rusche e Otto Kirchheimer, a entrada na prisão mancha para sempre o íntimo de cada indivíduo e isso se agrava ainda mais quando se trata do gênero feminino (2004, p. 67):

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.

Outrossim, outro dado instigante é que, dos crimes mais cometidos pelas presas brasileiras, se observa que 59,9 % responde por tráfico de drogas e 26,52 % por crimes contra o patrimônio. (INFOPEN, 2019).

A maioria são delitos praticados sem violência e grave ameaça e ligados à questões econômicas ou sociais, como o machismo institucionalizado, que gera a entrada no crime da mulher pela submissão dos companheiros e, mesmo diante desse fato, essas mulheres depois que entram no cárcere são sempre abandonadas pelos seus amados; ou como a fome e a pobreza de mães que buscam na criminalidade – única porta que se abre – um meio mais rápido para conter as demandas dos filhos e outros familiares.

No livro “Presos que menstruam”, Nana Queiroz, diversas histórias de mulheres que vivem no cárcere são contadas. Uma delas é da presa Safira, mulher religiosa, muito batalhadora, porém que sofreu muita violência de gênero por toda sua vida, desde à infância até a fase adulta, e a sociedade sempre foi dura com ela, onde muitas portas se fechavam enquanto seus filhos passavam fome. Foi aí que entrou para o mundo do crime: “deu uma arma para Safira. Ela respirou fundo, pensou no leite e foi assaltar”. (2015, p. 12).

Na obra, também é relatado o sofrimento dessa personagem, ora Safira, para conseguir reconquistar os filhos após longo período na prisão (QUEIROZ, 2015, p. 12):

Depois de quase seis anos, era a primeira vez que Safira podia fazer o café da manhã dos dois filhos — um de seus desejos imediatos na sua primeira saída do presídio no regime semiaberto. Colocou os copos na mesa, sorridente. Um dos meninos olhou aquilo com estranheza. — Mas você não sabe, mãe, que a gente não toma café, só toma Toddy? A frase caiu sobre ela com o peso dos anos perdidos. Em sete anos de prisão, chegara a ficar três sem vê-los. Perdeu o primeiro dia de aula, a primeira vez que andaram de bicicleta. O mais velho, de 13 anos, já tinha até uma namorada. “Eu não conheço meus filhos. Eu sou assim: eles sabem que eu sou a mãe deles, mas praticamente sou uma desconhecida. Além de eu ter que me adaptar às coisas que eu perdi todo esse período que estive presa, eu tenho que aprender a conhecer os MEUS filhos”, pensou.

Evidente que quando uma mulher vai presa há grandes impactos, não só em sua vida, como na vida das famílias e, em especial, dos filhos, bem como de toda a comunidade. Outra história é de Ieda que entrou no tráfico de substâncias ilícitas por dinheiro e pelos filhos, assim como justifica a

entrada de todos os outros membros de sua família: “ironia: seu amor pela família a levou a uma cela compartilhada com a filha mais velha no Centro de Reeducação Feminino (CRF) de Ananindeua, no Pará” (QUEIROZ, 2015, p. 36):

A prisão é uma experiência em família para muitas mulheres no Brasil, não apenas para Ieda, Marta e Márcia. Em geral, é gente esmagada pela penúria, de áreas urbanas, que buscam o tráfico como sustento. São, na maioria, negras e pardas, mães abandonadas pelo companheiro e com ensino fundamental incompleto. [...]. Dados comprovam a teoria. Os delitos mais comuns entre mulheres são aqueles que podem funcionar como complemento de renda. Como mostram Ieda e Marta, tráfico de entorpecentes lidera o ranking de crimes femininos todos os anos no Censo Penitenciário. Os próximos da lista, e para os quais vale o mesmo raciocínio, são os crimes contra o patrimônio, como furtos e assaltos. Os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos; mas é mais violenta a realidade que as leva até eles.

De igual modo, além do percurso da “mais violenta realidade que as leva até eles”, as mulheres no cárcere passam por momentos intermináveis de solidão: “Ali, me disse a presa corajosa, elas eram deixadas, às vezes, por dez dias, comidas por mosquitos que entravam pelas grades e perturbadas pela solidão, o tédio e o silêncio”. Relatos de tristezas sem fim. (QUEIROZ, 2015, p. 109).

De volta ao aspecto quantitativo, há uma diferença gritante em relação à visitação nos estabelecimentos femininos e masculinos. Em alguns Estados do país a visita no segundo é de 5 vezes maior que a média nos estabelecimentos do primeiro, sendo que uma em cada duas unidades exclusivas femininas não contam com espaços; três a cada dez estabelecimentos mistos não possuem espaço; e sem falar que em muitos lugares os diretores proíbem a visitação íntima ou então não providenciam tecnologias para a visitação, o que coloca as famílias e filhos das presas em situações vexatórias e distancia ainda mais homens então companheiros. (INFOPEN, 2019).

Além desses dados, o INFOPEN (2019) traz detalhes relacionados à ressocialização, onde consta que 70% das encarceradas se encontram em unidades que não contam com módulo de saúde; somente 25% está envolvida em algum tipo de atividade educacional; 4% envolvida em atividades de remição pela leitura ou pelo esporte e demais atividades educacionais complementares; 24% está envolvida em atividades laborais; e somente 3% têm acesso ao benefício de auxílio-reclusão (aos seus dependentes). Ao que se refere às APAC's em todo o Brasil (47 unidades), apenas 6 são destinadas a vagas às mulheres. E das que conseguem algum trabalho dentro dos estabelecimentos, acabam não recebendo remuneração ou então recebem menos de $\frac{3}{4}$ do salário mínimo mensal.

Drauzio Varella explica um pouco acerca do trabalho informal realizado dentro do cárcere entre as presas, por não haver oportunidade de trabalho formal a todas, em sua obra “Prisioneiras” (VARELLA, 2017, p. 59):

Às que não conseguem emprego nas firmas nem nos setores, resta ganhar a vida por conta própria. Sem carteira assinada, como elas dizem. A livre-iniciativa é respeitada em todas as atividades, desde o tráfico das drogas que burlam a vigilância à prestação de serviços

domésticos. As que dispõem de recursos obtidos no trabalho das firmas, no tráfico ou nos pontos de drogas que gerenciam ou alugam na rua enquanto presas, podem se dar ao luxo de contar com os préstimos de empregadas domésticas. Ex-usuária de crack, menina de rua desde que fugiu de casa com dez anos para escapar das surras que ela, os irmãos e a mãe levavam do pai alcoólatra e traficante dependente de cocaína, Nair encontrou nessa atividade um nicho de sobrevivência. Cobra trinta maços de cigarros Derby — comercializados a sete reais por maço, preço de 2017 — para cuidar da limpeza e vigiar a cela para que nada desapareça.

Diante das constatações e vivências acima, resta claro ser impossível ressocializar um indivíduo que se quer estava inserido na sociedade anteriormente. A maioria das mulheres que passam pelas prisões brasileiras relatam ter sido vítimas de diversas violências ou já terem sofrido com problemas ligados à falta de dinheiro, de oportunidades, de saneamento básico e apoio. Muitas já passaram pela infeliz violência policial cotidiana, lidaram com vícios, relacionamentos conturbados. São ciclos de duplas, triplas, múltiplas violências sem fim e depois do cárcere o etiquetamento se torna algo ainda mais forte em suas vidas.

No mesmo raciocínio, a letra da música “Prostituta”, de Negra Gizza (2000), relata um pouco da infeliz vida de alguém que leva consigo todo esse estigma e de uma sociedade que não abre portas às mulheres:

Tô deprimida, ambiente de desgraça, traficantes, parasitas, viciados, psicopatas. Um baseado pra afastar essa fadiga dessa noite sedentária de orgia e mal dormida. [...]. Sinto sintomas da fadiga no meu corpo. Mas sedativos aliviam as consequências desse aborto, a perversão deixa profundas cicatrizes, Em desespero já tentei vários suicídios. [...]. Não choro mais, sei que me perdi tô consciente o meu destino eu escolhi. A polícia é apenas nosso risco, a justiça é apenas nosso cisco, a necessidade me leva a sobrevivência, a miséria me leva a indecência. As duas a loucura, intenso devaneio. Sou a ausência do amor com a presença do dinheiro. [...].

Desse modo, após análise sensível e interdisciplinar de tantas vivências, visível que todos os problemas citados acabam sendo agravados em meio a pandemia. Isso porque quanto ao cárcere as condições ficam ainda mais deploráveis e subumanas e, como se não fosse suficiente os problemas que envolvem a prisão feminina (superlotação, déficit de vagas, insalubridade, condições subumanas e uma justiça penal feita por homens para homens), há, em consequência, o grande risco de contágio e propagação do vírus dentro desses estabelecimentos. Além do mais, juízes e tribunais não vêm respeitando o que já havia sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal referente as conversões das prisões em domiciliares às detentas que são gestantes e/ou mães, mesmo havendo recomendação frisada nesse sentido durante a crise sanitária da COVID-19.

Notório, de igual maneira, que esses problemas ultrapassam as grades e atingem mulheres em suas casas, profissões e outros ambientes que a inserem no contexto social, posto que o número de violência doméstica, feminicídio, desemprego e tantas desigualdades também aumentaram.

Tais situações, como dito, não estão apenas interligados com a violência propriamente dita, mas também com toda a estrutura social que envolve a domesticação e ideais reproduzidas em cima

dos corpos femininos. Conforme informa o Levantamento da Organização Mundial da Saúde – OMS, 70% dos profissionais que atuam na linha de frente do combate à COVID-19 são mulheres e pelos dados do Conselho Federal de Enfermagem, por exemplo, demonstram que as equipes de enfermagem no Brasil (enfermeiros, auxiliares e técnicos) são predominantemente formadas por mulheres, ou seja, 84,6%. (UFJF, 2020).

No mais, de acordo com a organização ONU Mulheres, em meio à pandemia da COVID-19, devem-se todos ficar em alerta, pois as agressões contra mulheres e meninas agem nas sombras e no silêncio, já que o isolamento intensifica ainda mais os fatores de risco ligados a todos os tipos de violência de gênero. (UFJF, 2020).

Portanto, com a mudança social em que mulheres passam a entrar no mundo do crime e serem introduzidas ao sistema carcerário brasileiro, numa alta velocidade dos números, muito maior se comparado a outros países com quantidades elevadas de mulheres presas, sendo também um dos países que mais aprisionam o gênero feminino, além do grande número de violências e mortes de mulheres fora do cárcere e exploração de seus corpos, é preciso discutir as raízes dos problemas, trazendo para perto a realidade vivida por essas mulheres, suas vozes, e discutir alternativas à prisão e programas que efetivem os direitos das encarceradas.

Em conclusão e com o mesmo fim acima mencionado, tais medidas podem ser iniciadas ao ser tomadas com base na criação de novas práticas, mais eficazes, e uma lente de gênero a todos os esforços relacionados à diminuição da desigualdade de gênero. Igualmente, se mostra fundamental definir políticas e investimentos, engajar mulheres e jovens meninas, nas mais diversas áreas do conhecimento, da ciência, das profissões; financiar posições de lideranças femininas; proteger e apoiar as os movimentos existentes feministas e reforçar estudos como o da Criminologia Feminista e da Cultural, que analisam o meio social de outros ângulos; salvaguardar a saúde e os direitos maternos, sexuais e reprodutivos, a base da igualdade de gênero; e financiar totalmente os serviços para reduzir a violência baseada em gênero que muitas vezes levam as mulheres a serem vítimas ou autoras de crimes.

IV CONCLUSÕES

Pelos drásticos números que envolvem o encarceramento em massa feminino e o impacto social ocorrido quando um mulher é presa, se faz necessário um estudo específico por intermédio da Criminologia Feminista e da Cultural, para que não seja trabalhado tais problemas apenas por meio do Direito Penal simbólico, mas também, de forma mais complexa e aprofundada, pelas origens históricas, olhadas de baixo.

Também, precisamente, deve-se acabar com o machismo, a misoginia e o que resta do

patriarcado, ao discutir as formas de violência vividas por mulheres, que acabam refletindo em quais crimes por elas são cometidos e seus perfis. Além do mais, um olhar mais atento à interdisciplinaridade entre o Direito, Feminismos e a Arte, permite verificar de forma mais humanizada questões que envolvem violências, latas de leite, grades e pandemia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL, Agência. **Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado**. 2020. Disponível em < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado#>>. Acesso em: 05 de set. 2020.

CAMPOS, Carmem Hein de. **Teoria Crítica Feminista e Crítica à(s) Criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FEDERICI, Silvia. **O feminismo não é uma escada para a mulher melhorar sua posição**. Madri/São Paulo: El País. Disponível em < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/20/cultura/1553071085_109576.html>. Acesso em: 08 de set. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIZZA, Negra. **Prostituta**. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/nega-gizza-musicas/>>. Acesso em: 08 de set. 2020.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Mulheres**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RIMAS E MELODIAS. **Coroação**. Disponível em: <<https://www.vagalume.com.br/rimas-e-melodias/coroacao.html>>. Acesso em: 08 de set. 2020.

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

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Porto Alegre: Revista Educação e Realidade, v. 16, n. 2, 1999.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017.

VIANNA, Claudia; RIDENTI, Sandra. **Relações de gênero e escola: das diferenças ao preconceito**.

In: AQUINO, Julio G. (org.). Diferenças e preconceito na escola: alternativas teóricas e práticas. São Paulo: Summus, 1998.

UFJF. **Desigualdade de gênero em tempos de pandemia e isolamento**. Ano: 2020.

<<https://www2.ufjf.br/noticias/2020/04/06/desigualdade-de-genero-em-tempos-de-pandemia-e-isolamento/>>. Acesso em 14 de jul. 2020.

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: 05 de set. 2020.

GERENCIANDO OS CORPOS NEGROS: DE SENHORES DE ESCRAVOS AO ESTADO GENOCIDA

Andressa Paula de ANDRADE¹
Letícia Carla Baptista ROSA²

RESUMO

O presente artigo busca abordar a violência estatal perpetrada. Assim, primeiramente, revela-se como a situação da população negra dentro do sistema escravocrata impedia qualquer exercício de direitos. Após, demonstra-se que a libertação dos escravos não levou a qualquer igualdade, visto que alguns crimes eram destinados a punir a população negra. Finalmente, olhando para a atual conjuntura, verifica-se que as formas de controle da população negra se tornaram mais complexas e, do mesmo modo, mais brutais. Para o presente trabalho, foi utilizado o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa levou em consideração a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo; Violência Policial; Genocídio negro.

ABSTRACT

This article seeks to address state violence perpetrated. So, first, it reveals how the situation of the black population within the slave system prevented any exercise of rights. Afterwards, it is demonstrated that the liberation of the slaves did not lead to any equality, since some crimes were intended to punish the black population. Finally, looking at the current situation, it appears that the forms of control of the black population have become more complex and, likewise, more brutal. For the present work, the deductive approach method was used and the research technique took into account the bibliographic review.

KEYWORDS: Racism; Police violence; Black genocide.

INTRODUÇÃO

Como se chegou até aqui? Com a forte violência policial contra a pele preta, a resistência para com as ações afirmativas, o incômodo com a população negra ocupando espaços de poder e o sistema carcerário que têm majoritariamente o rosto negro estampado revelam um cenário dantesco. Ainda, o discurso fantasmagórico da “cordialidade” que permeia esses diversos problemas acaba por ocultar a verdadeira faceta do problema: o racismo e o extermínio da população negra.

1 Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professora do Centro Universitário Ingá (UNINGÁ) e do Centro Universitário Unifatecie. Vice-Presidente da Comissão Acadêmica da ANACRIM-PR. Advogada.

2 Doutora em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre e Graduada em Direito pelo Centro Universitário Cesumar - UNICESUMAR (2006/2013). Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2009). Coordenadora e professora do Curso de graduação em Direito da UNIFATECIE - Faculdade de Tecnologia e Ciência do Norte do Paraná, Coordenadora e professora dos Cursos de Pós-graduação em Direito e professora dos cursos em Gestão Financeira e Secretariado Executivo (EAD) do Centro Universitário Cesumar - UNICESUMAR. Professora do curso de graduação em Direito da UNIFCV - Centro Universitário Cidade Verde. Advogada. Vice-presidente do Núcleo regional de Maringá do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito das Famílias da OAB, subseção de Maringá.

Ao lado disso, o negro brasileiro visto como aquele estereótipo criminal dos jornais é substituído de forma efêmera no carnaval pelo morro que desce para promover uma grande festa, afinal, é apenas no carnaval que no inconsciente coletivo há a permissão da mistura e da liberdade. Com o término, a rápida festa é substituída pelo cassetete e o blindado da Polícia que servem para o controle dos corpos negros.

No entanto, há que se dizer que o racismo brasileiro possui a sua herança, momentos históricos e figuras importantes que criaram todo um sistema de dominação que não se encerrou com a Lei Áurea. Aliás, na sequência, verificou-se o racismo a partir de um discurso científico e com a edição de leis destinadas a criminalização da cultura negra.

Hoje, o Estado racista que não logrou êxito em sua ideia de branqueamento da população negra através da miscigenação, acabou por adotar o extermínio da população negra como política – necropolítica para ser mais exata – estatal.

1 ESCRAVIDÃO, LIBERTAÇÃO E EMANCIPAÇÃO?

O período da escravidão no Brasil traz diversas situações falsas ao imaginário popular. A primeira delas é que a escravatura brasileira foi “branda” se comparada aos outros locais que tiveram episódios semelhantes e a segunda delas é que a abolição do sistema levou a uma integração social imediata da população submetida aos mais diversos tipos de violência.

Quando se estuda a história e os seus períodos há uma falsa sensação de que os eventos foram exatos, isto é, as datas representam o encerramento de um episódio e a partir de então dá-se início a outro caminho. A abolição da escravidão no Brasil, por exemplo, foi lenta e parcelada com a *Lei Eusébio de Queirós* que proibiu o tráfico de escravos africanos, a *Lei do Ventre Livre* de 1871 (que libertava os filhos, mas não as mães, dando ainda a opção de o senhor ficar com o liberto até os seus 21 anos de idade e entregá-lo ao governo), a *Lei dos Sexagenários* de 1885 (que alforriava escravos envelhecidos e impossibilitados de trabalhar, representando despesa e não economia para o proprietário) e, por derradeiro, a *Lei Áurea* de 1888 que com apenas dois artigos não tratou de falar da pós-emancipação³ que começou naquele período e não terminou até hoje⁴.

3 Vale a pena essa passagem de Darcy Ribeiro: “...a luta mais árdua do negro africano e de seus descendentes brasileiros foi, ainda é, a conquista de um lugar e de um papel de participante legítimo na sociedade nacional. Nela se viu incorporado à força. Ajudou a construí-la e, nesse esforço, se desfez, mas, ao fim, só nela sabia viver, em razão de sua total safricanização. A primeira tarefa cultural do negro brasileiro foi a de aprender a falar o português que ouvia nos berros do capataz. Teve de fazê-lo para comunicar-se com seus companheiros de desterro, oriundos de diferentes povos. Fazendo-o, se reumanizou, começando a sair da condição de bem semovente, mero animal ou força energética para o trabalho. Conseguindo miraculosamente dominar a nova língua, não só a refez, emprestando singularidade ao português do Brasil, mas também possibilitou sua difusão por todo o território, uma vez que nas outras áreas se falava principalmente a língua dos índios, o tupi-guarani”. RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 220.

4 Cf. SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

O Direito possui relação direta com essa situação. Na escravidão, o escravo era encarado pelo Direito Civil e o Direito Penal de maneiras muito distintas. Sabe-se que o Direito Civil é o ramo que regula as relações humanas no âmbito privado e para tal, o escravo era coisa (*res*) e, portanto, desprovido de qualquer capacidade para contratar, testemunhar em juízo ou constituir família, podendo apenas constituir uniões de fato. Já para o Direito Penal, ramo repressivo por excelência, o escravo era sujeito ativo, isto é, seu *status* era o de pessoa e não de coisa⁵, revelando uma verdadeira desigualdade⁶. Neste sentido:

“Para todos efeitos civis – contratos, herança – o escravo não era considerado pessoa, sujeito de direitos. No entanto, para o Direito Penal, melhor dizendo, para efeito de persecução penal, o escravo era considerado responsável, isto se fosse réu; já se tivesse uma parte de seu corpo mutilada, a lesão era qualificada juridicamente como mero dano – algo atinente ao direito de propriedade e não ao Direito Penal”⁷.

Logo, como corrigir essas assimetrias no sistema com a finalização da escravidão?! Certamente não foi a promulgação da Lei Áurea que possibilitou aparar as arestas.

Os negros submetidos a escravidão e, após a abolição acabaram por ser projetados dentro de um mercado de trabalho embranquecido, pois, havia uma progressiva substituição por imigrantes europeus nos postos que antes eram ocupados por escravos. Ao lado de tal situação, havia o espectro da vadiagem e da miséria que assolava a população negra que não conseguia emprego formal, motivo pelo qual a violência e o ciclo de pobreza seguiam o seu curso. Vide:

“O embranquecimento do mundo do trabalho produziu uma massa populacional negra ligada aos espectros da vadiagem e da miséria e isso reforçou o círculo vicioso do racismo institucional que produziu primeiro juridicamente a exclusão, depois consolidou-a econômica e socialmente, acabando por ser atribuído aos negros e negras, como mencionei, uma tendência inata à vadiagem, aos vícios, ao roubo, à violência que sobressaiu quando libertos do trabalho compulsório”⁸.

5 “O paradoxo de os escravos serem, juridicamente, coisa e pessoa ao mesmo tempo persistiu durante toda a vigência da escravidão brasileira. De fato, segundo o direito colonial português, o escravo era considerado um bem semovente, definido em termos jurídicos como uma coisa, privado de direitos, impedido de possuir propriedade e incapaz de manter qualquer obrigação. No entanto, o mesmo corpus legislativo que permitia a um homem a posse e propriedade por outro, negava aos senhores o direito de vida e morte sobre seus escravos, punia aqueles que os castigavam em demasia, e considerava que o escravo devia responder pessoalmente pelos crimes que porventura viesse a cometer. Assim, no que se refere à lei penal, o escravo era uma pessoa, que tinha responsabilidades por seus atos. Por eles, podia ser levado à Justiça, ser julgado e condenado, bem como sofrer sanções diretas. Além disso, de acordo com o parágrafo "em favor da liberdade são muitas coisas outorgadas contra as regras gerais" (Ordenações Filipinas, livro 4, título 11, parágrafo 4), aqueles que se julgavam impropriamente mantidos em cativeiro tinham o direito de questionar sua condição de escravo na Justiça. Que ninguém se engane, porém: as "regras gerais" do direito escravista brasileiro que fundamentavam as relações entre senhores e escravos estabeleciam o domínio dos primeiros sobre os segundos”. MATTOS, Hebe; GRINBERG, Keila. Código Penal escravista e Estado. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio (Orgs.). **Dicionário da Escravidão e Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 172-173.

6 WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do Direito** (org.). 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 334 e ss.

7 Cf. BORNIA, Josiane Pilau. **Discriminação, preconceito e Direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 104.

8 OLIVEIRA, Susan de. Memórias milicianas: o racismo estrutural à brasileira. In: GÓES, Luciano. **130 anos de (des)ilusão: a farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 425.

É exatamente neste contexto que se nota que as teorias deterministas⁹ que ingressaram no Brasil vão defender a estruturação da população em raças a partir de características físicas, morais e intelectuais e, como esperado, o homem branco estaria no topo dessa suposta hierarquia, perpetuando a dominação através de uma justificação biológica as diferenças que possuíam origens históricas e sociais, dificultando que os negros possuísem prestígio social conforme aduz Lilia Schwarcz¹⁰.

Com o fim da escravidão, o Brasil necessitava repaginar a sua imagem para o estrangeiro já que era tido como um país de selvagens e mestiços. Para tanto, contou-se com os “*homens de ciencia*”¹¹ que foram responsáveis por uma suposta justificação científica que desenhava uma estrutura em que os negros eram inferiores. Neste sentido, Mariza Côrrea afirma:

“O momento em que o negro se tornou “livre” no Brasil coincidiu não só com a emergência de uma elite profissional que já incorporara os princípios liberais à sua retórica, como também com o surgimento de um discurso científico, etnológico, que tentava instituir para ele uma nova forma de inferioridade, retomando os ensinamentos de nossa história escravista recente. Invertendo a afirmação de Marx (“Um negro é um negro. Em certas circunstâncias ele se transforma num escravo”), os intelectuais daquele momento tratavam de transformar escravos em negros, isto é, de constituí-los enquanto categorias de análise, deixando entre parênteses, em sua passagem de “máquinas de trabalho” a “objetos de ciência” (Silvio Romero) a discussão de sua cidadania¹²”.

É nessa conjuntura que se encontra Raimundo Nina Rodrigues, responsável por traduzir o social-darwinismo e o lombrosianismo – leia-se, baseando-se nas ideias de Cesare Lombroso¹³ que entendia o delinquente como portador de uma condição hereditária/atávica que o colocava como

9 SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

10 Cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Op. cit.**, 2019, p. 31.

11 SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Op. cit.**, 1993, p. 40-42.

12 CÔRREA, Mariza. **As ilusões da liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil**. 2 ed. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001, p. 49-50.

13 Vale a pena a passagem de Gabriel Ignacio Anitua ao falar sobre Cesare Lombroso: “O que lhe deu fama mundial foi, efetivamente, sua teoria explicativa de que os delinquentes eram homens “primitivos”. Isso casava com as teorias eugênicas e racistas mencionadas no capítulo anterior. Mas Lombroso não era um racista convicto, apesar de haver escrito, em 1871, uma obra que indubitavelmente o era – O homem branco e o homem de cor –, na qual afirmaria a inferioridade do negro e também a dos habitantes do sul da Itália. Lombroso era, além do mais, descendente de judeus e havia estudado os perigos do anti-semitismo. Talvez por esse motivo, ou por descobrir as deficiências de sua teoria, começou a criar outras categorias de delinquentes. Desse modo, acrescentaria a de “louco moral”, tomada emprestada da psiquiatria da época, a do “delinquente epiléptico”, e finalmente uma gama muito mais ampla, realizada conjuntamente com Ferri – que foi quem se afastaria dos “tipos” exclusivamente médicos – e que seria a primeira de uma série de classificações de delinquentes, espécie desejada por criminólogos e policiais neste caso para facilitar seu trabalho nos “tipos de autor”. Na realidade, as categorias se retroalimentavam, pois eram concebidas com base nas pessoas efetivamente detidas e seus aspectos justificavam que aqueles eram os “tipos” que tinham de ser detidos”. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 304-305.

prisioneiro de si mesmo¹⁴ – no Brasil¹⁵, culminando no positivismo¹⁶ brasileiro. Nina Rodrigues vai defender o controle racial dos negros baseados em uma “*ciência*” como um desenvolvimento filogenético da humanidade nas suas diversas divisões e seções¹⁷. Do mesmo modo, Nina Rodrigues critica os abolicionistas com pretensões de se fazer uma ciência que legitimasse a desigualdade e violência perpetrada durante e após a escravidão, aduzindo que o país não poderia ser refém desse ideal libertário. Vide:

“...os destinos de um povo não podem estar à mercê das sympathias ou dos ódios de uma geração. A sciencia que não conhece esses sentimentos, está no seu pleno direito exercendo livremente a crítica e a estendendo com a mesma imparcialidade a todos os elementos ethnicos de um povo. Não o pode deter a confusão pueril entre o valor cultural de uma raça e as virtudes privadas de certas e determinadas pessoas. Se conhecemos homens negros ou de cor de indubitavel merecimento e credores de estima e respeito, não há de obstar esse facto o reconhecimento desta verdade – que até hoje não se puderam os Negros constituir em povos civilizados¹⁸”.

Ainda que hoje as teorias deterministas já não estejam mais em evidência, a desigualdade¹⁹ – que antes era justificada de maneira “científica” – possui cor, revelando uma marginalização²⁰ dos negros, seja pela negação de acesso aos direitos ou pelo sistema penal que colabora de maneira intensa para a perpetuação da de um racismo estrutural²¹ e que terá como ápice a letalidade da

14 Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 49-50.

15 “...foi ele quem fundou, ao lado da Medicina-Legal e da Antropologia brasileira, a escola positivista, com suas traduções e incorporações do lombrosianismo e do social-darwinismo. No entanto, tinha uma espécie de curiosidade apaixonada pela vida africana no Brasil. Sua trajetória reflete um pouco esta grande contradição brasileira com relação a sua africanidade: perceber intensamente a sua presença e sua força, tratando sempre de dominá-la. No seu caso, trabalhando a teoria da hierarquização das raças, estigmatizando a “raça negra” para que o fim da escravidão em si não representasse uma ruptura social. O controle social e a opressão se justificariam então pelo discurso científico”. BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 225-226.

16 “...o positivismo não foi apenas uma maneira de pensar, profundamente enraizada na intelligentsia e nas práticas sociais e políticas brasileiras; ele foi principalmente uma maneira de sentir o povo, sempre inferiorizado, patologizado, discriminado e, por fim, criminalizado. Funcionou, e funciona, como um grande catalisador da violência e da desigualdade característica do processo de incorporação da nossa margem ao capitalismo central”. BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 45.

17 Cf. NINA RODRIGUES, Raimundo. **Os africanos no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935, p. 20.

18 Idem.

19 “E, se hoje em dia as teorias raciais saíram de voga, se o conceito biológico de raça é entendido como falacioso e totalmente equivocado em suas decorrências morais, ainda utilizamos a noção de “raça social”; aquela que é criada pela cultura e pela sociedade no nosso cotidiano. Tendemos também a perpetuar um plus perverso de discriminação que az com que negros e negras morram mais cedo e tenham menor acesso aos direitos de todos os cidadãos brasileiros”. SCWARCZ, Lilia Moritz. **Op. cit.**, 2019, p. 32.

20 “Objetivando o controle racial dos “indesejáveis” no pós-abolição, Nina Rodrigues, estribado no ecletismo teórico racial que marcou o final do séc. XIX de modo complementar, nega o livre arbítrio da “raça subdesenvolvida” (princípio liberal exclusivo da raça superior branca) e critica o “apego” jurídico-legislativo de 1890 que manteve a tradição filosofia do Classicismo adotando, de modo contraditório e inconsequente, o princípio da igualdade formal, ignorando a lei biológica e os modernos estudos médicos-antropológicos, “[...] considerando iguais perante o código os descendentes do europeu civilizado, os filhos das tribos selvagens da América do Sul, bem como os membros das hordas africanas, sujeitas à escravidão”. GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 207.

21 “...as visões que consideram o racismo um fenômeno institucional e/ou estrutural, mais do que a consciência, o racismo como ideologia molda o inconsciente. Dessa forma, a ação dos indivíduos, ainda que conscientes, “se dá

violência estatal e o sistema carcerário preenchido majoritariamente pelas pessoas negras e pardas.

É a partir dessa quadra que se apresentou como estrutura explícita de dominação – leia-se, a escravidão – e, na sequência, com a abolição da referida estrutura surge um discurso que pretende tornar científica a lógica de segregação e extermínio do negro ocupam o espaço. No entanto, hoje o discurso científico de segregação já não encontro mais guarida o que não significa que houve uma verdadeira emancipação e rompimento com o sistema, pelo contrário, o racismo opera como controle e estrutura para perpetuar os poderes como se pretende abordar na sequência.

2 O ESTADO RACISTA

Entender que o processo de dominação dos negros no Brasil ocorreu primeiro pela força e, após a abolição da escravatura, surge um pretense discurso científico que vai construir uma imagem do negro como sujeito biologicamente inferior e, portanto, devendo receber tratamento diferenciado nos moldes propostos por Raimundo Nina Rodrigues é parte do discurso de dominação, pois, o Direito Penal contribuiu em grande parte para tal processo. Todavia, não se parou por aí.

2.1 Vadios e Capoeiras

O término da escravidão possui como marco a edição da Lei nº. 3.353 de 1888, mais conhecida como *Lei Áurea* que possui apenas dois artigos:

Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.
Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário.

Bem, a questão é: o que vem depois? A escravidão foi formalmente extinta (não materialmente, vez que isso demanda alterações estruturais), pois, como se aprende nas primeiras lições de Direito Constitucional ou nas próprias propedêuticas, a igualdade jurídica é subdividida entre formal e material. O fato de haver uma lei não diz nada sobre a realidade que é profundamente injusta. Em outras palavras, extinguiu-se formalmente a escravidão, mas não a dominação dos negros, tendo o próprio sistema retroalimentado tal situação até os dias de hoje.

Relembrem-se que em 1890 há a edição do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil em que há dois crimes que eram endereçados a um grupo: os negros. Primeiramente, vide o crime de vadiagem:

Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de ocupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons

em uma moldura de sociabilidade dotada de constituição historicamente inconsciente”. Ou seja, a vida cultural e política no interior da qual os indivíduos se reconhecem enquanto sujeitos autoconscientes e onde formam os seus afetos é constituída por padrões de clivagem racial inseridos no imaginário e em práticas sociais cotidianas. Desse modo, a vida “normal”, os afetos e as “verdades” são, inexoravelmente, perpassados pelo racismo, que não depende de uma ação consciente para existir”. ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. Pólen: São Paulo, 2019, p. 41.

costumes:

Pena - de prisão celllular por quinze a trinta dias.

§ 1º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena.

§ 2º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos.

É bom recordar que após a promulgação da Lei 581 de 1850, mais conhecida como *Lei Eusébio de Queirós* em que se proibiu o tráfico de escravos, o governo brasileiro passou a estimular o ingresso da imigração europeia, sobretudo a italiana que passa pouco a pouco a ocupar os postos de trabalhos criados. Logo, com o término da escravatura os negros passaram e continuavam a sofrer já que não conseguiam trabalho assalariado.

Outrossim, na visão das autoridades, os negros ao serem libertos não seriam integrados socialmente. Ao contrário, passariam a ser vadios, dado aos vícios e sem qualquer ocupação, o que os tornava perigosos. Logo, tornar a vadiagem – um ócio que não era escolhido, mas imposto pela negativa de trabalho – crime era uma forma de seguir controlando/dominando a população negra. É importante recordar que o ócio incriminado era muito específico, isto é, se a pessoa conseguisse obter sua subsistência sem trabalho, ela não seria presumivelmente perigosa²² – como o caso das elites. Corolário, o mecanismo de defesa encontrado contra os vadios que eram presumivelmente perigosos era a incriminação que permitia exercer o controle sobre os mesmos.

Outra forma de controle foi a criminalização da Capoeira. Tal prática buscou inspiração na natureza²³ e o conhecimento de guerreiros das tribos africanas que trouxeram a experiência passada de defesa de ataques de tribos rivais. A capoeira ingressou nas senzalas e trouxe força aos que buscavam a liberdade, pois, eram golpes rápidos, providenciando uma defesa contra os capitães-domato e senhores de escravos. Consequentemente, a capoeira passa a representar um perigo ao desafiar o sistema escravista, sobretudo com o surgimento do Quilombo dos Palmares composto por escravos que fugiam e utilizavam a capoeira como mecanismo de defesa dos brancos que insistiam na dominação²⁴. Com o término da escravidão, não havendo mais razões para perseguir a prática

22 CARVALHO, Marina Vieira de. Vadiagem e criminalização: a formação da marginalidade social do Rio de Janeiro de 1888 a 1902. **ANPUH – XII Encontro Regional de História**. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/rj/Anais/2006/conferencias/Marina%20Vieira%20de%20Carvalho.pdf>. Acesso em 14 de agosto de 2020.

23 “Os ritos e costumes herdados da África foram intensamente criminalizados. O Código Republicano de 1890, v.g., reprendia, expressamente, nos artigos 135 e ss., o espiritismo e curandeirismo, em clara referência a prática religiosa de origem africana. Do mesmo modo, a capoeira foi severamente censurada. A raiz da capoeira, a qual atrela música e dança, hoje incorporada à cultura brasileira como modalidade esportiva, ancora-se também nos ancestrais africanos. Durante longo período, para além de um ritual folclórico, figurou como instrumento de resistência à escravidão. Isto pois, sozinhos ou em bandos, denominados de “maltas”, os capoeiristas empreendiam técnicas de ataque e defesa, por vezes, utilizando-se de instrumentos cortantes, tais como, navalhas para se resguardar e proteger os quilombos”. SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. **Crimes de ódio: racismo, feminicídio e homofobia**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 91.

24 SALDANHA, Bianca de Souza; BRAGA, Janine de Carvalho Ferreira. Capoeira: da criminalização no Código Penal de 1890 ao reconhecimento como esporte nacional e legislação aplicada. **Direito, Arte e Literatura II:**

com o fito de evitar o agrupamento e defesa do grupo escravizado, a mesma passa a constituir crime e ser marginalizada conforme se verifica:

402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena - de prisão cellular por dous a seis mezes.

Paragrapho unico. E' considerado circunstancia agravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta.

Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.

A descriminalização da capoeira ocorreria apenas no ano de 1937. De todo modo, é importante verificar que tanto os famigerados crimes de vadiagem e da capoeiragem possuíam grupos certos: os negros. Reforça-se que a libertação dos escravos não repercutiu diretamente em uma ausência de controle sobre estes corpos, pelo contrário, o discurso científico racista aliado as formas legais de dominação seguiram seu curso através da criação de estereótipos e uma clientela para o Direito Penal.

2.2 Vadios e mendigos

A Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº. 3.688 de 1941) também de tratou de manter sob controle os chamados vadios e mendigos. O interessante é que apesar da descriminalização da capoeira²⁵, a vadiagem seguiu sendo infração penal (e permanece até hoje, embora se acredite que não houve a sua recepção pela Constituição Federal de 1988²⁶). É curioso como o Direito Penal sempre encontra uma maneira de ser um forte soldado do poder dominante.

Na Lei de Contravenções Penais se encontra a vadiagem com a seguinte redação:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem

XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 126.

25 No final do século XIX, com a abolição da escravatura, negros libertos, em grande número, deslocavam-se para as cidades à procura de oportunidades e quando lá chegavam não conseguiam ser absorvidos em atividades remuneradas. O crescimento do número de imigrantes, vindos tanto do interior do Brasil, quanto do exterior também contribui para o crescimento urbano desordenado. Capoeiras, que eram utilizados tanto por liberais, como por conservadores como uma milícia para-militar, ficaram na República fora do controle das autoridades. Capoeiras, negros alforriados, imigrantes e pobres eram apontados pelos chefes de polícia como sendo os principais responsáveis pelo número cada vez maior de roubo, latrocínio e prostituição. A repressão dos capoeiras contou com a ação desmedida de forças policiais, que obtinham o apoio da imprensa e de moradores de classe média que contribuíam delatando os nomes e paradeiro dos capoeiras. SANTOS, Myrian Sepúlveda. A prisão dos ébrios, capoeiras e vagabundos no início da Era Republicana. **Revista Topoi**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, jan.- jun. 2004, p. 145.

26 "...o tipo penal é discriminatório, pois, somente permite a punição de pessoas pobres que não tenham renda para se manter. O que está sendo punido nesta contravenção não é a vadiagem em si mesma e sim a pobreza, pois se o agente tiver renda que lhe assegure a subsistência o fato é atípico. Em outras palavras, ser vadio com recursos financeiros pode; ser vadio pobre não pode. O art. 5.º, XLI, da CF dispõe que a lei deve punir práticas discriminatórias e não incentivá-las. Violado está também o princípio da igualdade, pois duas pessoas igualmente vadias recebem tratamento desigual da lei: uma não comete contravenção penal, por exemplo, por viver às custas dos pais ou de parentes ricos; a outra é punida por não dispor da mesma sorte". MACIEL, Silvio. Contravenções penais. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: RT, 2009, p. 132-133.

ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

E assim se retorna ao ponto inicial: a finalização da escravidão que se deu por meio da Lei Áurea – Lei que possui dois artigos – não encerrou um ciclo de dominação, afinal, como as pessoas foram integradas às relações assalariadas em um país que buscava um branqueamento²⁷, entre outras medidas, o fomento da imigração europeia? Assim, é nítido que os negros não conseguiam disputar em igualdade os postos de trabalho, passando a ocupar os espaços públicos e gerar um incômodo que passa a ser gerenciado pelo o Direito Penal que conhece uma única forma de agir: punir.

Do mesmo modo, a Lei de Contravenções Penais tratou de criminalizar a mendicância em seu artigo 60:

Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada

a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento;

b) mediante simulação de moléstia ou deformidade;

c) em companhia de alienado ou de menor de dezoito anos.

Felizmente esse artigo foi revogado pela Lei 11.983 de 2009. No entanto, vale a pena mencionar que o artigo 14 da Lei de Contravenções Penais prevê expressamente como presunção de periculosidade a vadiagem ou mendicância. Evidentemente que tal dispositivo se encontra em total desconformidade com a Constituição Federal de 1988 e o Direito Penal Democrático, mas a questão é que essa legislação pretendeu perpetuar um controle para um grupo muito específico, os negros que eram majoritariamente pobres em virtude da exclusão do mercado de trabalho.

3 RETIRANDO O VÉU DO RACISMO ESTATAL: BRANQUEAR O BRASIL JÁ NÃO BASTA

Com a eliminação formal de crimes destinados a incriminação da população negra e a sua cultura e, ainda, a soma da edição de Lei 7.716 de 1989 que punirá os delitos resultantes de preconceito de raça ou cor que vão coibir, sobretudo, práticas segregacionistas e a inclusão da injúria racial no Código Penal (Art. 140, §3º), o que representa, em tese, um distanciamento de um

²⁷ O branqueamento é uma das modalidades do racismo à brasileira. No pós-abolição este fenômeno era retrata do como um processo irreversível no país. Pelas estimativas mais “confiáveis”, o tempo necessário para a extinção do negro em terra brasiliis oscilava entre 50 a 200 anos. Essas previsões eram difundidas, inclusive, nos documentos oficiais do governo, como, por exemplo, no censo de 1920, materializado no texto de apresentação de Oliveira Vianna (1922). Este texto é uma prova cabal de que o governo era avalista do projeto de branqueamento. Salientamos, toda via, que o objetivo era menos o branqueamento genotípico e mais o “clareamento” fenotípico da população. Em São Paulo, a situação não foi diferente: o ideal de branqueamento da população constituiu-se numa das vertentes ideológicas assumidas pelo pensamento racistas da Belle Époque”. Cf. DOMINGUES, José Petrônio. Negros de almas brancas? A ideologia do branqueamento no interior da comunidade negra em São Paulo, 1915-1930. *Revista de Estudos Afro-asiáticos*, Rio de Janeiro, Ano 24, nº 3, 2002, p. 566.

Direito Penal racista em direção a um Direito Penal que vai rejeitar e punir quem pratica o racismo, resta questionar se de fato se rumou a um ponto em que o aparato repressor do Estado já não possui mais o objetivo de controlar os corpos negros.

A resposta é negativa. O Estado²⁸ agora utiliza de suas instituições para controlar a população negra, sobretudo pelas instâncias repressivas como a polícia. Se a Lei já não é passível de aplicação como foi no passado com a questão da vadiagem, da mendicância e o negro deixando de ser coisa para ser sujeito de direitos, as formas de controle se tornaram, conseqüentemente, mais complexas e com o ar de que o racismo é *démodé* e está erradicado.

Acrescente-se a isso que a herança penal racista do Brasil e que em grande parte se deve às ideias de Raimundo Nina Rodrigues defendia que o negro era uma espécie de criminoso nato por deter uma carga biológica inferior à dos brancos ainda contribui para a criação do estereótipo criminal, isto é, como sendo o negro o sujeito dado ao crime. Corolário, há um sistema carcerário preenchido por pessoas majoritariamente negras e pardas conforme se extrai do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Julho a Dezembro de 2019 do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

Essa seletividade do sistema carcerário não é coincidência, mas projeto de poder que pretende fazer uma gestão da população negra, colocando-a, por fim, na instituição mais controladora que se possa conhecer: a prisão²⁹. Ademais, além dessa seletividade, os negros chegam a representar 75% da violência letal no Estado Brasileiro conforme o Atlas da Violência de 2020:

“Apenas em 2018, para citar o exemplo mais recente, os negros (soma de pretos e pardos, segundo classificação do IBGE) representaram 75,7% das vítimas de homicídios, com uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 37,8. Comparativamente, entre os não negros (soma de brancos, amarelos e indígenas) a taxa foi de 13,9, o que significa que, para cada indivíduo não negro morto em 2018, 2,7 negros foram mortos. Da mesma forma, as mulheres negras representaram 68% do total das mulheres assassinadas no Brasil, com uma taxa de mortalidade por 100 mil habitantes de 5,2, quase o dobro quando comparada a das

28 Neste sentido “O sistema penal representa o ponto de gravidade que estabiliza sentidos sobre o ser negro no projeto colonial da Modernidade. Sim, o racismo estrutura as estruturas repressivas no Brasil, mas não é só isso. Não é o efeito inesperado dessas práticas, mas o principal efeito perseguido por essas instituições. Não é tampouco apenas a repressão ao negro, como categoria externa. Aqui raça e punição se encontram numa simbiose em que a racialização é produzida pelo sistema penal, e o sistema penal não pode operar uma renúncia à racialização. A culpa atribuída aos negros para sua escravização, a condição de vida nua das práticas de repressão aos insurgentes à subordinação, a tentativa de redução constante ao biológico e a expropriação coletiva dos saberes etc. reproduzem-se de novos modos na negação da dignidade humana pelas diversas estratégia de controle social”. DUARTE, Evandro Piza. Ensaio sobre a hipótese colonial: racismo e sistema penal no Brasil. *In*: CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 186.

29 “Do Brasil do século XIX ao Brasil atual, o destino do homem e da mulher negra segue gravado pela indignidade politicamente conduzida pelos grupos dominantes. O perfil das pessoas encarceradas mostra que a prisão não é o início de um processo de exclusão, mas seu fim, com a contenção das pessoas já alijadas socialmente – recordando-se que o componente social, no Brasil, tem cor. O quadro é mais drástico do que o suposto porque as condições do cárcere são completamente inadmissíveis”. ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. A gestão do corpo negro no Brasil: da democracia racial ao genocídio. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Brasília, v. 3, n. 1, jan/jun, 2017, p. 33.

mulheres não negras”³⁰.

Portanto, o que se verifica é que apesar da edição de leis penais que aparentemente mostram um Estado preocupado com a democracia racial, o que se verifica na prática é um aprofundamento da exclusão e um genocídio negro conforme índices alarmantes. Mudam as formas, mas o controle violento permanece.

Outro ponto de destaque é que o Estatuto da Igualdade Racial que no ano de 2020 completou 10 (dez) anos de criação prevê o seguinte:

Art. 53. O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra.

Parágrafo único. O Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social.

A primeira coisa que salta aos olhos é que este dispositivo é um libelo ao constar que a maior parte das vítimas de violência policial³¹ possui a pele negra demandando intervenção para que isso cesse. Alguém duvida disso? Procure algum dispositivo na legislação brasileira destinado às outras cores e você não encontrará, não por não merecer reprimenda estatal, mas por conta de a vítima preferencial da violência policial ser preta e isso precisa estar dito de forma explícita.

Recorde-se que no dia 08 de junho de 2020, na cidade de São Paulo – SP ocorreu um episódio de violência em que um policial militar branco duvidando que um homem negro que se identificou como policial civil de fato pertencesse à instituição acabou fazer o seguinte:

"Vai, negão, deita no chão". "Que polícia que nada, seu filho da p****". Essas foram as ordens que o policial civil negro W.V.S., 39, teria recebido de um policial militar branco por volta das 12h45 de anteontem (8), em frente à delegacia em que trabalha, no centro de São Paulo, enquanto conduzia três suspeitos para o Distrito Policial.

[...]

Segundo a Polícia Civil, "ao verificar a chegada de outros policiais civis da delegacia, a atitude daquele PM foi de retirar a sua tarjeta de identificação, obviamente para não ser anotado seu nome e, em seguida, subiu novamente em sua motocicleta e praticamente fugiu do local. Alguns segundos depois, os outros três PMs também deixaram o local”³².

A situação pode ser lida com diversas facetas. Primeiro, o fato de não se enxergar a pessoa de pele preta como sujeito de direitos e, conseqüentemente, havendo uma contenção de forma

30 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência**. São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020, p. 47. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

31 Destaco essa passagem do livro de Djamila Ribeiro: “Infelizmente, o assunto só ganha destaque no debate público quando um caso muito violento chega aos noticiários, como o brutal assassinato de Evaldo dos Santos por agentes do Exército, no Rio de Janeiro. No dia 7 de abril de 2019, o carro em que Evaldo e sua família estavam foi alvejado m[por militares]. Inicialmente divulgou-se que foram disparados 83 tiros, o total chegou a 257. Na época, muitas pessoas manifestaram diante desse absurdo. O que muitas dessas pessoas talvez ignorem é que esse não foi um caso isolado: ele integra uma política de segurança pública voltada para a repressão e o extermínio de pessoas negras, sobretudo homens”. RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 94-95.

32 Policial civil negro é abordado e agredido por PM enquanto levava suspeitos. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/06/10/policial-civil-e-abordado-e-agredido-por-pm-enquanto-conduzia-suspeito-a-dp.htm>. Acesso em 16 de agosto de 2020.

violenta sem qualquer pudor em plena luz do dia. Em segundo lugar, a associação do negro a um estereótipo criminoso, visto que ele não poderia ocupar um cargo público aos olhos do policial militar que praticou a violência e duvidava que sua vítima se tratava de um policial civil. Por fim, a certeza da impunidade que autoriza que agentes estatais pratiquem com truculência em frente a uma Delegacia tamanha violência ao derrubar W.V.S. ao chão e praticar a injúria racial.

Quando se vai para periferia, a situação é ainda mais brutal. Recordem-se da morte de Marcos Vinícius da Silva, o adolescente de 14 (quatorze anos) morto a caminho da escola no dia 20 de junho de 2018 em uma operação da Polícia Militar na Favela da Maré. A frase do menino ainda ecoa: *'Mãe, eu sei quem atirou em mim, eu vi quem atirou em mim. Foi o blindado, mãe. Ele não me viu com a roupa de escola?'*³³.

Há, igualmente, o caso de Evaldo dos Santos que seguia com sua família para um chá de bebê e foi “confundido” com traficantes, quando o carro foi alvejado por 257 (DUZENTOS E CINQUENTA SETE) tiros de fuzil disparados pelo o Exército³⁴. A questão não é a punição de quem pratica delitos, mas é que para a necropolítica pouco importa quem foi alvejado, desde que seja preto, pois não se questiona o que a pessoa fez – e, portanto, autorizando um processo penal justo e com todas as garantias –, mas quem ela é: se possui pele preta, é alvo em potencial. A confusão de rostos não é exatamente uma confusão, pois, dificilmente isso ocorre com quem possui a pele branca. É uma política estatal de aniquilação. É um luto diário.

Neste sentido, deve-se voltar os olhos para as potentes palavras de Marielle Franco, mais presente do que nunca:

“A forma como a polícia militarizada do Brasil trata jovens negros, pobres, como inimigos em potencial do Estado de Direito precisa produzir uma impressão, na população, de que está em jogo a defesa de todos. Ou seja, produz no imaginário social a diferenciação de classe e a diferenciação racial, uma vez que são justificadas as incursões que vitimam o público descrito acima³⁵”.

Como bem alerta Luciano Góes, o extermínio negro³⁶ é uma permanência e uma herança

33 Mãe de jovem morto no Rio: “É um Estado doente que mata criança com roupa de escola”. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/22/politica/1529618951_552574.html. Acesso em 16 de agosto de 2020.

34 **Vítima atirou primeiro, diz militar que comandou fuzilamento**. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/justica/2019/12/vitima-atirou-primeiro-diz-militar-que-comandou-fuzilamento/>. Acesso em 17 de agosto de 2020.

35 FRANCO, Marielle. **UPP – A redução da favela a três letras: uma análise da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro**. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Administração, Ciências Contábeis e Turismo. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014, p. 41.

36 “A guerra étnica não é exclusividade do Brasil¹⁶, porém, em nossa margem, o sucesso dessa política não se observa pelos lucros, nosso “sucesso” se dá pelo número de desaparecidos e mortos, diretos ou indiretos, sendo que em ambos é o Poder Executivo (no pior sentido da palavra) a agência responsável, uma vez que atua na ilegalidade (desaparecimentos, torturas e mortes diretas que formam a cifra oculta das violências policiais), no início da criminalização secundária e no cumprimento da sentença (morte indireta no interior do cárcere)”. GÓES, Luciano. Racismo, genocídio e cifra negra: raízes de uma criminologia antropofágica. In: Vera Regina Pereira de Andrade; Gisele Mendes de Carvalho; Gustavo Noronha de Ávila. (Org.). **Criminologias e Política Criminal**. Ied. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 477.

de nossa história que coloca o negro como vilão e, por outro lado, nega a existência do racismo³⁷. Aliás, a história brasileira sempre primou por esse negacionismo e a utilização de um suposto “humor”³⁸ para camuflar o racismo nosso de cada dia, mas não é possível esconder o real projeto de poder por muito tempo. Branquear e apagar a cultura negra já não satisfaz o desejo estatal, agora é necessário aniquilar a população negra.

Assim, apesar dos 10 (dez) anos do Estatuto da Igualdade Racial, no que tange a implementação de mecanismos para materializar o artigo 53 do referido diploma legal há pouco a ser comemorado. Na verdade, o luto é o sentimento presente com tantas vidas negras perdidas pela omissão e a violência estatal explícita. No mundo, o movimento *Black Lives Matter* foi intensificado após a morte de George Floyd que permaneceu por 8 minutos e 46 segundos tendo o pescoço pressionado pelo joelho de um policial americano, embora George tenha por diversos momentos dito *I can't breathe*. No Brasil, igualmente, o peso do Estado violento e permeado por um racismo segue asfixiando a população negra para que ela não respire!

CONCLUSÕES

Ante ao exposto, é possível concluir que:

1. A abolição da escravidão foi um processo lento;
2. O negro durante o período escravocrata era considerado *res* para o Direito Civil – ramo que disciplina direitos das pessoas – e sujeito ativo/réu para o Direito Penal, o que revela uma assimetria e a utilização da dominação das pessoas negras;
3. A abolição da escravidão não trouxe a igualdade para os negros, pelo contrário, verificase que a dominação seguiu por meio de um discurso científico racista e a criminalização dos negros através da vadiagem, a mendicância e da capoeiragem;
4. Com o término da escravidão, os negros foram marginalizados, sobretudo por um projeto estatal de branqueamento da população brasileira que acabou por fomentar a imigração europeia para ocupar os postos de trabalho Brasil;
5. O Direito Penal se revela como seletivo, sobretudo em sua instituição mais controladora,

37 GÓES, Luciano. Pátria Exterminadora: o projeto genocida brasileiro. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, Natal, v.5, n.2, maio de 2017, p. 18.19.

38 “Podemos classificar o racismo recreativo como uma estratégia de dominação em função do seu papel em mascarar a hostilidade generalizada em relação a minorias raciais no nosso país. Membros de um grupo racial dominante podem obter satisfação psicológica ao afirmar sua suposta superioridade e ao mesmo tempo manter uma imagem social de pessoas que não são racistas. A presença persistente do racismo recreativo em diferentes esferas da vida social é um mecanismo responsável pela perda de oportunidades sociais de minorias raciais em diferentes esferas afetando, então, o status social que elas ocupam dentro da sociedade. Essa forma de política cultural possui os mesmos objetivos da tradicional narrativa cultural da democracia racial: afirmar a superioridade moral da população branca brasileira em relação a parcelas brancas de outros países em função da inexistência de um problema racial na nossa sociedade”. MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Pólen, 2019, p. 180-181.

a saber, o cárcere, pois, as pesquisas apontam que a população encarcerada é majoritariamente negra e parda;

6. Os negros representam a cifra de 75% de vítimas da violência letal no Estado Brasileiro conforme o Atlas da Violência de 2020;

7. Apesar da previsão do artigo 53 do Estatuto da Igualdade Racial, há pouco a ser comemorado em virtude do alto índice da violência policial tendo como alvo principal os negros;

8. Por fim, não há nada a ser comemorado. O que resta em relação ao artigo 53 do Estatuto da Igualdade Racial é o luto, pois, o extermínio da população negra por meio das instâncias oficiais de poder, materializado sobretudo no aparato militarizado, é uma realidade já que o projeto de branqueamento da população brasileira – que foi fomentado pelo o Estado – não obteve sucesso. Já a necropolítica tem sido um sucesso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. Pólen: São Paulo, 2019.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. A gestão do corpo negro no Brasil: da democracia racial ao genocídio. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Brasília, v. 3, n. 1, jan/jun, 2017.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BORNIA, Josiane Pilau. **Discriminação, preconceito e Direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Marina Vieira de. Vadiagem e criminalização: a formação da marginalidade social do Rio de Janeiro de 1888 a 1902. **ANPUH – XII Encontro Regional de História**. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/rj/Anais/2006/conferencias/Marina%20Vieira%20de%20Carvalho.pdf>.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÔRREA, Mariza. **As ilusões da liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil**. 2 ed. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001.

DOMINGUES, José Petrônio. Negros de almas brancas? A ideologia do branqueamento no interior da comunidade negra em São Paulo, 1915-1930. **Revista de Estudos Afro-asiáticos**, Rio de Janeiro, Ano 24, nº 3, 2002.

FRANCO, Marielle. **UPP – A redução da favela a três letras: uma análise da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro**. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Administração, Ciências Contábeis e Turismo. Universidade Federal Fluminense,

Niterói, 2014.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência**. São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>.

GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

_____. Pátria Exterminadora: o projeto genocida brasileiro. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, Natal, v.5, n.2, maio de 2017

_____. Racismo, genocídio e cifra negra: raízes de uma criminologia antropofágica. In: Vera Regina Pereira de Andrade; Gisele Mendes de Carvalho; Gustavo Noronha de Ávila. (Org.). **Criminologias e Política Criminal**. Ied. Florianópolis: CONPEDI, 2014

MATTOS, Hebe; GRINBERG, Keila. Código Penal escravista e Estado. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio (Orgs.). **Dicionário da Escravidão e Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Pólen, 2019.

OLIVEIRA, Susan de. Memórias milicianas: o racismo estrutural à brasileira. In: GÓES, Luciano. **130 anos de (des)ilusão: a farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SANTOS, Myrian Sepúlveda. A prisão dos ébrios, capoeiras e vagabundos no início da Era Republicana. **Revista Topoi**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, jan.- jun. 2004.

SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. **Crimes de ódio: racismo, feminicídio e homofobia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MACIEL, Silvio. Contravenções penais. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: RT, 2009.

NINA RODRIGUES, Raimundo. **Os africanos no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.

SALDANHA, Bianca de Souza; BRAGA, Janine de Carvalho Ferreira. Capoeira: da criminalização no Código Penal de 1890 ao reconhecimento como esporte nacional e legislação aplicada. **Direito, Arte e Literatura II: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras

_____. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 6 ed. São Paulo: RT, 2014.

WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do Direito** (org.). 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

O PERFIL MIDIÁTICO DO ACUSADO POR TRÁFICO DE DROGAS NA JUSTIÇA CRIMINAL E NA SOCIEDADE DO DESEMPENHO

Gabriel Teixeira SANTOS¹
Lorena Novaes MEIRA²

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo delinear a figura do elencado “inimigo”, através da criminologia midiática, nos processos judiciais estigmatizantes do delito de tráfico de drogas. Para referida análise, foi traçado um paralelo com a sociedade disciplinar de Michel Foucault e seu respectivo avanço para a sociedade do desempenho de Byung-Chul Han, demonstrando como ocorre a prática dos atores jurídicos nestes procedimentos que, na grande maioria das vezes, ensejam éditos condenatórios.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico. Inimigo. Sociedade. Foucault. Han.

ABSTRACT

The present work aimed to outline the figure of the “enemy” list, through media criminology, in the stigmatizing lawsuits of the crime of drug trafficking. For this analysis, a parallel was drawn with the disciplinary society of Michel Foucault and its respective advance to the society of the performance of Byung-Chul Han, demonstrating how the practice of legal actors in these procedures occurs, which, in the great majority of times, give rise to edicts damning.

KEYWORDS: Drug trafficking. Enemy. Society. Foucault. Han.

INTRODUÇÃO

O direito penal, de forma quase majoritária, tem sido definido como instrumento de contenção do poder estatal e proteção dos bens jurídicos (sejam eles ameaçados e/ou violados). Entretanto, pensar que há uma forma de manifestação autônoma do processo penal sem que haja influências externas, sejam elas políticas, sociais, culturais, pessoais e principalmente midiáticas é um ledó engano.

Pensando nisso, o presente trabalho buscou demonstrar que há uma influência atroz dos processos midiáticos nos delitos envolvendo tráfico de drogas. Isto porque, a par da construção constante alicerçada em preconceitos morais e religiosos, o combate e repressão as drogas sempre foram pautas constantes de políticas governamentais impulsionadas por pautas visuais, muitas vezes “imperceptíveis”³ (através do “pictorial turn”) ou ocupando horários nobres televisivos (*vide as*

-
- 1 Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Civil e Processo Civil pela Toledo Prudente Centro Universitário. Advogado. E-mail: teixeirawriter@gmail.com.
 - 2 Discente na Toledo Prudente Centro Universitário (4º Termo). Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. E-mail: lorenanovaes1299@gmail.com.
 - 3 GONZÁLEZ, José Calvo. **Criminologia Visual: selos postais como artefatos imagéticos de aculturação ideológico-jurídica**; Tradução Tamara Flores e Augusto Jobim do Amaral – 1. ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 61/126.

campanhas de Ronald Reagan nos EUA).

O resultado dessa combinação de mídia, repressão e autoritarismo estatal é conhecido por todos: vivemos um “boom” do hiperencarceramento a nível global sobre a temática, recrudescido por legislações cada vez mais rígidas e que abdicam os indicadores sociais e os processos criminológicos há muito sedimentados sobre o tema.

Não obstante ser uma pauta muito discutida em âmbito doutrinário e/ou jurisprudencial, a pesquisa ganha campo ao se debruçar sobre a soma destes elementos ao demonstrar que existem esses fatores alheios de importante consideração na atuação dos atores jurídicos que, pressionados, acabam tendo de abdicar o tecnicismo jurídico para apresentar uma resposta jurídica que atenda aos interesses sociais (mesmo que excusos). Entender o papel destes é fundamental.

Desse modo, estruturado em quatro tópicos (incluindo-se aqui a introdução e a conclusão), o presente trabalho perpassou a figura do “inimigo” e a sociedade disciplinar para demonstrar referida influência midiática nos processos judiciais.

Utilizou, enquanto ferramentas, o método hipotético-dedutivo consistente na hipótese acima delineada, valendo-se da doutrina e jurisprudência bandeirante.

Ao final, foram tecidas as conclusões sobre o trabalho seguidas de todo referencial bibliográfico utilizado pela pesquisa.

1 A CRIMINALIZAÇÃO MUDIÁTICA E A GUERRA CONTRA AS DROGAS: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO LABELING APPROACH

Precedendo a chamada criminologia crítica, ideários de matrizes positivistas que consideravam a criminalidade como um fenômeno ontológico presente em determinados indivíduos caracterizados conforme critérios “lombrosianos” (em referência a Cesare Lombroso) como sendo “criminosos natos”.

Estes eram perceptíveis desde os primeiros anos da vida, máxime diante de características anatômicas somadas a traços psicossociais dos delinquentes.

Dando um salto, pelas limitações de tempo e espaço para delimitação do objeto, o avanço perceptível ocorreu com o surgimento da “labelling approach”⁴.

Os criminológicos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é o criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no labelling approach, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”⁵.

4 ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 588.

5 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3.ed. Rio de Janeiro: Revan. 2002. (Coleção Pensamento Criminológico), p. 88.

Segundo Baratta⁶, o processo de criminalização acontece em duas instâncias diversas, de sorte que há uma criminalização primária, ou seja, a escolha dos bens jurídicos que serão protegidos através da tipificação de condutas como sendo delitivas e uma criminalização secundária, delimitada por atos das instancias penais que irão aplicar concretamente a lei penal.

Nesse condão, os fenômenos criminológicos passaram a ser analisado não apenas sob o prisma da (busca pela) delimitação de quais indivíduos cometiam as condutas classificadas como delitivas, mas sim quem eram submetidos ao processo de criminalização pelas instancias formais de controle.

Nota-se que em razão do escopo do interacionismo simbólico que expressa a realidade social não como sendo um plano terminativo, mas sim como algo que está sendo construído por interações dos agentes do corpo social⁷, dois fatos, em que pese possam ser substancialmente similares em sua tipificação formal, são capazes de ensejar reações sociais divergentes, ao passo em que se esta reação for de caráter negativo esta conduta será criminalizada⁸.

Por isso, o processo de criminalização, em essência, não se mostra condizente com legalismos penais utópicos que pregam de igualdade formal entre os indivíduos. Inferindo que o sistema de justiça penal está inclinado para submeter a vida de pessoas vulneráveis ao seu julgamento⁹, o que demonstra uma promiscua servidão a hierarquia econômica e social pré-estabelecida¹⁰.

A mídia, juntamente com seu arcabouço da “hiper-cultura midiática mercantil”¹¹, é reconhecida como a “mais poderosa agência de controle social informal”¹², possuindo um poderio suficiente para realizar o ato de criminalização primária e secundária e criar estigmas, ainda para aqueles que não tenham cometido qualquer infração¹³. Os meios de comunicação não possuem o único e exclusivo designo de tão somente transmitir fatos e informações para os eminentes espectadores.

Nesse lume, pleonásticas “falsas verdades” sobre os fenômenos sociais estruturais da sociedade, dentre estes a realização do consumo e venda de entorpecentes, a necessidade de

6 BARATTA, **op. cit.**, 2002, p. 176.

7 BARATTA, **op. cit.**, 2002, p. 87.

8 ANITUA, **op. cit.**, p. 288.

9 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 27.

10 BARATTA, **op. cit.**, 2002, p. 161.

11 CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 61.

12 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal máxima cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2003. p. 144.

13 CARVALHO, Raphael Boldt. **Mídia, legislação penal emergencial e direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/187>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020, p. 76.

criminalizar tais atos e os estereótipos que as cometem foram criados e fomentados por meios da denominada “criminologia midiática”.

Para tanto, a criminologia midiática joga com imagens, selecionando as que mostram os poucos estereotipados que delinquem e em seguida os que não cometeram crime ou que só incorreram em infrações menores, mas são parecidos. Não é necessário verbalizar para comunicar que a qualquer momento os parecidos farão o mesmo que o criminoso¹⁴.

Notoriamente, por lastro histórico, informações atinentes a prática de delitos são fatores que ensinam fascínio aos indivíduos¹⁵, nesse condão, a disseminação de notícias e o entretenimento confundem-se em si em um alto poder de persuasão¹⁶.

A informação é travestida de um ato meramente mercantil, em que buscado continuamente a obtenção de lucros, em uma sistemática competitividade de mercado, sujeita-se aos interesses dos espectadores comuns, bem como dos anseios de bases de poder público que matem vínculos com esses meios de comunicação¹⁷.

Em que pese no Brasil haja o direito constitucional de liberdade de imprensa (artigo 220, da Constituição Federal), uma rede televisiva que ao revés de informar, buscar investigar e reconstruir o fato utilizando para tanto de técnicas de dramatização sensacionalista, está na verdade atuando de modo essencialmente político¹⁸.

Nesse íterim há a presença do efeito ambivalente, haja vista que, na medida em que o acesso à informação teoricamente deveria libertar ignorâncias o que ocorre nas sombras da realidade midiática é a transmissão de uma ideologia que busca condicionar o pensamento dos espectadores¹⁹.

Essa propagação dogmática é demasiadamente eficiente, ao passo que a transmissão de informações nos meios de massa não tão somente induzem determinados posicionamentos (falaciosos), mas por sua vez estabelecem uma “verdade midiática”²⁰, na medida em que, na dicção de Ramonet, “a posição do receptor e a do jornalista se entrelaçam. Qualquer distância com relação

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferência da criminologia cautelar**; coordenadores Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini. – 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção saberes críticos), p. 307.

15 SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Mídia e Crime**. In: Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do Século). – São Paulo: Editora Método, 2001, p. 354.

16 BARATA, Francesc. **La mediatización del derecho penal**. Revista Novum Jus, v.2, n.1, p. 5-32 (Jan. 2008). ISSN eletrônico 2500-8692. Disponível em: <http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/105_16224_mediatizacian-del-derecho.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2020, p. 08.

17 SHECAIRA, **op. cit.**, p. 354.

18 BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. In.: Revista Discursos Sediciosos. V. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Disponível: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Biblioteca on-line de ciências da comunicação. ISSN: 1646-3137, 2003. Acesso em: 30 de setembro de 2020, p. 06.

19 MELLO, Carla Gomes de. **Mídia e crime; liberdade de informação jornalística e presunção de inocência**. Revista Direito do Público. v. 5, n. 2, p. 106-122 (Ago, 2010). ISSN 1980-511X. Disponível: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7381/6511>>. Acesso em: 30 de setembro de 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2010v5n2p106>, p. 05/14.

20 RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. – Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p. 17.

ao fato desaparece e o cidadão é englobado no próprio acontecimento. Ele está presente, faz parte dele: ele vê – como se estivesse lá!”²¹.

É notório o demasiado contrassenso presente nessa assertiva. Ora, na eminente sociedade neoliberal as barreiras sociais econômicas separam indivíduos e, por vezes, no cenário midiático, malgrado o espectador e o quem está sendo exposto estejam submetidos a dita barreira, ainda há a propagação do sentimento insegurança como se ambos estivessem no mesmo contexto espacial, uma vez que as percepções (ainda que falsas) da realidade são as que irão influenciar as condutas dos agentes estatais e não a realidade propriamente dita²².

Enquanto há uma “etiologia criminal”²³ diluída nos meios midiáticos, em que pese seja simplista, promove um sentimento com completude significativa que fomenta a dominação, o medo. Esse sentimento, nessa testilha, é propagado na medida em que o delito de tráfico de drogas é correlacionado diretamente com atos de violência extrema²⁴.

Diante dessa reprodução através da repetição e venda sistemática dos fatos²⁵ ocasiona um ascendente “empobrecimento do imaginário”²⁶ que enseja a aceitação acrítica de dogmas midiáticos, dentre estes o estereótipo do traficante como o sendo “indesejável”, qual seja, aquele que não possuía protagonismo em uma sistemática econômica capitalista e portanto é mister que seja submetido ao poder penal e ao futuro encarceramento²⁷.

Este traficante, caracterizado como empreendedor da desgraça alheia, por sua vez, será considerado como um indivíduo desprovido das mínimas barreiras éticas e está obtendo gigantes vantagens econômicas promovendo lástimas imensuráveis na vida de usuários que possuem dependência química patológica²⁸.

A mensagem é que o adolescente de um bairro precário, que fuma maconha ou toma cerveja na esquina, amanhã fará o mesmo que o parecido que matou uma anciã na saída de um banco e, portanto, há que se afastar todos eles da sociedade e, de possível, eliminá-los²⁹.

Por seu lastro onde há o império de sentimentos passionais de medo e pânico há a maior

21 RAMONET, Ignacio, *op. cit.*, p. 25.

22 SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade de clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do Século). – São Paulo: Editora Método, 2001. p. 272.

23 “A criminologia midiática sempre existiu e sempre apela a uma criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação em convergência com preconceitos e crenças, baseada em uma etiologia criminal simplista, assentada na causalidade mágica. Esclarecemos que o mágico não é a vingança, e sim a ideia da causalidade especial que se usa para canalizá-la contra determinados grupos humanos, o que, nos termos da tese de Girard, os converte em bodes expiatórios”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. - 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 140.

24 D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**. – 1ª ed. Rio de Janeiro; Revan, 2007, p. 115.

25 RAMONET, Ignacio, *op. cit.*, p. 08.

26 CASARA, *op. cit.*, 2018a, p. 79.

27 CASARA, *op. cit.*, 2018a, p. 54.

28 D’ELIA FILHO, *op. cit.*, p. 118.

29 ZAFFARONI, *op. cit.*, 2012, p. 307.

tendência de delimitação do perfil do desviante³⁰, bem como é notório a propagação do gozo de “bem estar social, quando se põe no pelourinho algum”³¹.

Por esse ângulo, o consumo e tráfico de entorpecentes é algo que está presente em todas as classes sociais nos mais diferentes seguimentos. Sem embargo, os indivíduos que serão criminalizados juntamente com suas condutas serem aqueles pertencentes a classes economicamente baixas, ou seja, “o traficante tradicional”³².

Nesse processo, a criminalização secundária é feita para confirmar a criminalização primária promovida com sucesso³³ e assegura obscuros prazeres sociais, na medida em que ela atende as pressões imediatistas das massas e estabelecer a face de quem atenta contra o “bem”.

Seja por uma necessidade de auto afirmação social e individual, muito agrada a população o desdenho de caracterizar os inimigos da seguridade urbana, com esse subterfúgio a problemática é delimitada como sendo uma questão estritamente policial, sendo ignorado que esse imbróglio atinge diretamente a vida e integridade física de muitos³⁴.

Uma inexorável expressão do posto social pode ser inferida na seguinte manchete de determinada plataforma digital "dois homens são presos acusados de fazer *delivery* de drogas na Zona Sul do Rio". O eufemismo e o uso indiscreto de uma linguística leniente por parte do jornalista para retratar o delito em uma área nobre da cidade do Rio de Janeiro demonstram o quanto a mídia expõe com sucesso a imagem de quem são os criminosos, que por sua vez não serão os que cometeram um conduta delitativa, mas sim aqueles no qual a etiqueta de delinquente foi posta por alguém com poderes para tanto.

Com exceção da ocasião em que o agente que cometeu o ato ilícito não corresponde ao imaginário social, há uma tendência já denunciada por Carvalho³⁵ de “transformar em guerra todo o conflito social urbano”. Consonante a conjuntura bélica as afirmativas da mídia sobre condutas de traficância são retratadas através de uma lente maniqueísta, em que há de modo explícito a delimitação de características os “cidadãos do bem” e os “cidadãos do mal”, bem com essa própria difusão a utilização bélica dos poderes do Estado, é utilizada como um meio de justificar as ilegitimidades do Estado, sendo que este realizaria uma “guerra limpa” em contraposição de uma

30 ADORNO, Sérgio. **Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo**. Novos estudos Cebrap 43, p. 45-63. Ano 1995. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/203942/mod_resource/content/1/Adorno.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2020, p. 49.

31 SANGUINÉ, op. cit., 262.

32 FREITAS, Diego Gimenes Azevedo de. **Cultura e etiqueta na investigação do crime de tráfico de entorpecentes**. Anais do II CONINTER (Congresso Internacional Interdisciplinar em Socia e Humanidades). Disponível: <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20II%20Coninter/artigos/678.pdf>>. Acesso em 02 de outubro de 2020, p. 12.

33 CARVALHO, **op cit.**, p. 88.

34 BARATA, **op. cit.**, p. 17.

35 CARVALHO, **op cit.**, p. 79.

“guerra suja”³⁶.

Nessa conjuntura, a maximização das ações de tráfico de consumo de drogas pela mídia atua assim como os legalismo penais, na medida em que “A criminalização das drogas não é uma tática que visa ‘diminuir o consumo’, mas que visa proteger (i.e. beneficiar) um grupo dominante, em prejuízo de outro, dominado”³⁷, de modo a atender anseios de “higiene social”, na medida que quem atenta contra a “higiene” no meio urbano não merece outro local se não o cárcere.

Nesse entrelace, a atenção seletiva da mídia na criminalização de condutas de tráfico de drogas e na delimitação explicitamente do perfil do traficante é um subterfúgio para ocultar as mazelas das omissões estatais, tanto que aduz Nilo Batista: “o merecimento nem sempre provém do que se informa, mas também daquilo que se omite: a improvável reportagem sobre o desemprego e misérias das favelas”³⁸.

Por corolário na realidade, vê-se, sem embargos, que o estigma midiático sobre a face do tráfico (e por conseqüente da violência) é falacioso, e tão somente visa encarcerar pessoas já vulnerabilizadas, posto que, hodiernamente no Brasil a maioria dos traficantes presos são sacoleiros de drogas que com a sua conduta não ascendem socialmente, tão somente consegue lucros irrisórios³⁹.

A resultante de mais uma instância com poderio demasiado em atos criminalizatórios é uma perpetuação do sistema, haja vista que o agente dotado de um estigma negativo, não raras vezes é “expulso” do meio social, e quando isso ocorre ele por ventura é recepcionado facilmente pela criminalidade⁴⁰, bem como o estigma irá dirigir comportamentos, pois o modo o qual a sociedade percebe um indivíduo influenciar sobre seus atos subsequentes⁴¹.

Em consequência, difundida necessidade imperiosa reclusão desses pequenos traficantes através do “dogma da criminalização provedora”⁴² haverá a criação de pressões por parte da sociedade direcionadas aos agentes do sistema penal.

No entanto, o encarceramento, *per se*, não resolve a problemática da violência urbana, os traficantes mais presos são aqueles que não possuem em suas mãos poderes substanciais na

36 CARVALHO, Raphael Boldt; KROHLING, Aloísio. **Entre cidadãos e inimigos: o discurso criminalizante da mídia e a expansão do direito penal como instrumento de consolidação da subcidadania**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. v. 4, n.4 (Jun/2008). ISSN 1982-0496. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/88/87>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020, p. 13.

37 DIETER, Vitor Stegemann. **A guerra proibida: os fundamentos da política de drogas proscritas**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36266/R%20-%20D%20-%20VITOR%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 14 de outubro de 2020, p. 117.

38 BATISTA, op. cit., p. 12.

39 D'ELIA FILHO, **op. cit.**, p. 115/116.

40 ANITUA, **op. cit.**, p. 589.

41 ZAFFARONI, **op. cit.**, p. 134.

42 BATISTA, op. cit., p. 04.

sistemática econômica da traficância⁴³. E como agem os atores jurídicos?

2 HÁ ESPERANÇA? A SOCIEDADE DISCIPLINAR (E O SALTO PARA O DESEMPENHO) E SUAS INFLUÊNCIAS NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Como demonstrado alhures, a seleção de um inimigo catapultado pela questão midiática, ainda que não sejam sopesadas questões como raça, gênero, orientação sexual e desigualdade econômica (numa verdadeira releitura atual da criminologia crítica), conferem desdobramentos práticos nos mais variados setores sociais (máxime diante de um país subdesenvolvido em que o tráfico de drogas constitui verdadeira solução imediata para a miséria dos particulares).

A estampa da *seletividade* que carrega o sistema penal é inarredável. Como há muito já se aponta, o sistema penal opera como uma *epidemia*, afetando preferencialmente a quem tem suas defesas baixas. Não é porque se tratam de estratos sociais superiores que se foge a esta dinâmica. Ela é o próprio dispositivo policial de governo da sociedade⁴⁴.

Esse indesejável ao ambiente social, será avaliado e julgado por outros humanos que não são seus pares. Pessoas que, em sua grande maioria e desde a tenra infância, foram submetidas a uma sociedade disciplinar (escolas, cursos, alistamento militar, condomínios, controle sobre os gestos e corpos, dentre outros exemplos) que produz uma repulsa à ociosidade ou a grupos sociais que não praticam e/ou integram as mesmas práticas de adestramento e controle social⁴⁵.

O proibicionismo, que cria uma aversão ao diferente e um costume a coerção, faz com que essa sociedade progressivamente remova aqueles que criem uma oposição ao modelo dominante. A ideologia que se expressa através destas frestas faz com que a percepção da realidade não seja neutra⁴⁶ e crie um imaginário repressivo por intermédio de uma mentalidade bélica-binária⁴⁷.

Agravando o quadro histórico que moldou essas pessoas, a sociedade disciplinar progressivamente passa para o que Byung-Chul Han denominou de “sociedade do desempenho”⁴⁸. Esse imperativo proibitivo negativo pouco a pouco é superado por uma ideia (ou melhor *slogan*) de que “todos são capazes de tudo”, ou seja, de que a docilização dos corpos outrora almejada seja catapultada por um imaginário de produtividade máxima – através de uma falsa liberdade que

43 LIMA, Rita de Cássia Cavalcante. **O problema das drogas no Brasil: revisão legislativa nacional**. Revista Libertas, v.10, n. 1 (Ago, 2012). ISSN 1980-8518. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/libertas/article/view/18199>. Acesso: 02 de outubro de 2020. doi: <https://doi.org/10.34019/1980-8518.2010.v10.18199>, p. 108.

44 AMARAL, Augusto Jobim do. ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da punição: a ostentação do horror** – 3. ed. rev. e ampl. - Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 58.

45 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 161/250.

46 CASARA, **op. cit.**, 2018a, p. 115/123.

47 CASARA, Rubens R R. **Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 90.

48 HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**; tradução de Enio Paulo Giachini. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 14/17.

caminha de mãos dadas com a exigência do lucro.

Por este motivo, aqueles que por qualquer motivo se opõem a este sistema ou são incapazes de integrá-lo (pela miséria, por exemplo) compõem um excedente de fracassados, deprimidos e presos.

Assim, o Poder Judiciário e o Ministério Público ultrapassam a esfera de suas competências exclusivamente legais: passam a ser agentes de transformação social através do atendimento das expectativas (i)legítimas dos grupos dominantes⁴⁹. O processo, anterior instrumento de pacificação social e busca de uma pretensa justiça, passa a ser caminho para que haja a chancela da exclusão dos inimigos⁵⁰.

Importante, portanto, entender esse processo de exclusão através do processo penal. Mas, preliminarmente, um parêntese deve ser feito sobre a conduta tipificada no artigo 33, da Lei nº 11.343/06:

O evidente propósito do legislador, de inspiração norte-americana, em criar um crime de fácil apuração e condenação, em nome da guerra às drogas, não só relativizou a necessidade de comprovação do dolo, como ampliou ao máximo os verbos do crime de tráfico de drogas, tudo para facilitar a atividade policial de capturar qualquer pessoa envolvida com qualquer substância tida como ilícita.

Assim, o que é conhecido como crime de tráfico de drogas, o do art. 33 da Lei 11343/06, possui 18 verbos com os quais se pode atribuir pena de até 15 anos de reclusão para as pessoas que, em termos gerais, tiverem contato com uma substancia ilícita “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

[...]

A dogmática penal, doutrinadores, professores, pesquisadores, não foram consultados na elaboração do tipo penal de tráfico de entorpecentes e nem dos demais crimes da Lei de Drogas, também resultados do interesse em dotar a polícia de drogas de mais instrumentos repressivos. No caso, a dogmática, que era para servir de “barreira intransponível da política criminal”, ingressa no debate posteriormente ao interesse político da guerra, somente para criticá-lo, ou, como acontece na maior parte dos casos, para legitimá-lo⁵¹.

Seguindo o panorama horizontal que perpassa desde a ocorrência policial (prisões em flagrantes) até o aprisionamento e as condições nas quais este é feito após o trâmite processual, verifica-se que há, em curso, um processo de exclusão social (para maquiar uma verdadeira “higienização” social).

Referido espaço se desenvolve, inicialmente, através da atuação da autoridade policial, sendo ela de cariz militar ou civil, primeiro sintoma de um processo marcado por uma pulsão desigual que vai desde a abordagem (o quê, quem, quando, onde, como e por que) até a apresentação do conduzido ao delegado, serventuário designado para a lavratura da abordagem e apreensão do averiguado e formalização das peças que deflagram o Inquérito Policial.

[...] Pulsão esta de um caldo totalitário que no Brasil em largo lastro: por um lado,

49 CASARA, **op. cit.**, 2018a, p. 125/140.

50 ZILIO, Jacson. **Direito penal de exceção** – 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 109/143.

51 VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas** – 3. ed. – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 424/425.

representa a militarização das tarefas de policiamento ostensivo pondo as PM's como força auxiliar e de reserva do Exército, de acordo com o texto constitucional de 88 (art. 144 § 6º, herança mantida e aprimorada por tempos ditatoriais), ou seja, uma estrutura militar fazendo papel de polícia, comum em período de guerras ou de regimes autoritários; por outro viés, simétrico e correlato a este escárnio, existe um não menor autoritarismo impregnado nas estruturas (nem tão) subterrâneas das práticas difusas de alguma polícia civil (deveria haver alguma *polícia* que não fosse a rigor *civil*?) responsável pela apuração das infrações penais na função de polícia judiciária⁵².

Neste diapasão, enquanto sintoma latino de uma atuação policial rigorosa e buscando-se adequar ao Pacto de San José da Costa Rica (artigo 8º), foram instituídas as audiências de custódia (Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça) para averiguar a legalidade das prisões em flagrante (que consolidam quase que a totalidade dos casos pelo delito de tráfico de drogas ter figura permanente).

Referidas audiências, precipuamente, possuíam o condão de viabilizar a apresentação do detido a uma autoridade judiciária para a realização de um controle de legalidade sobre sua detenção (relaxamento ou convalidação do flagrante), bem como para que, eventualmente, sejam apurados atos de tortura.

Outrossim, incumbe ao mesmo ato determinar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (o que tem se mostrado regra diante da mentalidade dos atores jurídicos em tratar o delito como hediondo, ainda que para os primários [privilegiado] e após o julgamento do Habeas Corpus 118.533, do C. STF) ou a concessão da liberdade provisória com medidas restritivas a liberdade (artigo 319, do Código de Processo Penal) ou sem estas.

De fato, a este ponto, praticamente inexitem novas diligências a serem feitas (exceto o laudo definitivo a respeito da natureza da substância entorpecente). O processo de tráfico de drogas já foi sentenciado a partir do momento em que, arbitrariamente, houve a abordagem policial (que são ilegais, máxime após o recente precedente fixado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Prieto & Tumbeiro vs. Argentina) e foi definido que pelas circunstâncias do caso concreto (circunstâncias estas não previstas na legislação) era uma situação de traficância e não de uso.

Seguindo o rito processual, a defesa prévia e a respectiva denúncia acabam-se tornando exclusivamente peças processuais despiciendas, alicerçadas por vezes em requerimentos probatórios e eventuais incidentes necessários (toxicológico e/ou insanidade mental), as quais acabam sendo recebidas por uma decisão-padrão defendida pelo escudo do *in dubio pro societate* (conceito esse inconveniente, especialmente após a mesma Corte julgar o Caso Zegarra Marín vs. Peru).

Esse pré-julgamento por todos os atores jurídicos (agravado, não raras vezes, pela condução da audiência de custódia e da futura instrução pelo mesmo magistrado em uma nítida

52 AMARAL; ROSA, **op cit.**, p. 101/102.

quebra da imparcialidade pela suspensão do juiz das garantias) faz com que o *standard* da presunção de inocência seja subvertido a uma presunção de culpa, invertendo-se o ônus da prova e, em um processo de cariz inquisitiva no qual rege-se um primado da hipótese sobre os fatos⁵³, tensionando uma inevitável condenação.

A produção da prova oral para a reafirmação da autoria, consubstanciando o arcabouço probatório exclusivo destes processos (além das demonstrações de materialidade dos laudos), em uma reprodução dos testemunhos prestados em sede policial, norteia um juízo de condenação pautado na palavra dos agentes públicos (os quais, pela farta jurisprudência pátria, possuem em seu depoimento maior credibilidade por serem investidos pelo próprio Estado na função de manutenção da segurança pública).

Após as manifestações das partes, na confecção das sentenças condenatórias, o papel do juiz é fundamental.

Além da atribuição legal de realizar o ato decisório, há existem heurísticas e vieses que produzem em seu imaginário

A sensação de que a situação é insustentável e que, como resposta, algo deve ser feito, pressionam o juiz a assumir responsabilidades que não são suas, apostar em sugestões que cientificamente não se demonstram e ao final se enredar no próprio esvaziamento de suas competências.

Quanto mais cede ao senso comum, mais se alheia do rigor técnico, mais mergulha no pragmatismo envergonhado, menos consegue exercer o poder que tem às mãos: a defesa intransigente dos princípios e normas que conformam o ordenamento jurídico. As presunções que o ajudam a formar sua livre convicção, a idoneidade dos policiais e a suspeição dos réus, o esfacelamento dos limites legais, a busca por uma verdade que pode estar em qualquer canto e por outro lado ser obtida de qualquer forma, não lhes prestigia. A presunção da culpa o torna praticamente dispensável. Vistas grossas à tortura e aproveitamento sem reservas dos elementos do inquérito lhe retiram a competência de processar e julgar que a Constituição lhe entregou de forma privativa⁵⁴

Esse depósito de toda uma carga valorativa decorrente de um “caldo” cultural, religioso e até mesmo de suas experiências pessoais e traumas, faz com que as decisões ponderem dois aspectos de forma majoritária em sua fundamentação: (i) a reincidência, independentemente de qual delito foi praticado anteriormente, configura uma verdadeira chancela para penas elevadas e vedação aos benefícios que naturalmente seriam cabíveis; e (ii) ainda que verificado o tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06) que enseja natural redução da pena de 1/6 a 2/3, é

53 “A paranoia, como já demonstrara Elias Canetti, Freud ou Melman, corresponde a uma doença do poder. Que se consulte o belíssimo texto de Eric Santner sobre isso. O quadro mentalparanoico intuído por Cordero corresponde à suscetibilidade de formações psíquicas que funcionam – trata-se do plano metafórico ou se quiser catacrético – ‘como a’ paranoia. Vejamos o que diz Melman sobre a paranoia: ‘a paranoia é a certeza para um sujeito de ter o saber da verdade, da verdade absoluta. E a prova é que essa verdade que o sujeito possui ela é capaz de reparar tudo o que não vai bem na sociedade, tudo o que não vai no casal; o que faz com que seja um saber que se apresenta também como salvador’”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen Gloeckner. [et al]. **Justiça e liberdade**; organizado por Salah H, Khaled Jr. – Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019, p. 205.

54 SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento** – 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 285/286.

comum que seja desconsiderado o precedente do Supremo Tribunal Federal acima elencado e que seja atribuído o viés hediondo a infração o que faz com que penas inferiores a 04 (quatro) anos recebam regime fechado e a não conversão da sanção restritiva de liberdade em restritiva de direitos).

Em um exame estadual (Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁵), não raras vezes os éditos condenatórios são mantidos sob a mesma fundamentação em sede recursal ou as beneficências são negadas com base no “juízo da reprovação social da conduta”, na “hediondez equiparada” e afins, cabendo, quando muito, a reversão nas Cortes Superiores.

Consolidada a sentença judicial através da autoridade da coisa julgada, inicia-se o processo de cumprimento definitivo da pena (não se olvida e repita-se que na grande maioria dos casos envolvendo tráfico de drogas os acusados estão segregados desde a audiência de custódia em prisões preventivas que ensejam detrações compulsórias diante do tempo de duração do processo). Claro que todo esse trâmite não evita a submissão do acusado ao suplício.

Um constrangimento de não integrar essa sociedade do desempenho, de ser recluso e afastado de seus pares, de ter sua face exposta em programas sensacionalistas recebendo adjetivos que o desumanizam. Um odioso.

Pensar em uma impossibilidade ao esquecimento não é algo muito difícil em uma sociedade cada vez mais digital em que a informação flui cada vez mais rápida e sem filtros mínimos de credibilidade.

Por via de consequência, os programas ou meios de veiculação de notícias retroalimentam o pânico moral e o autoritarismo estatal fazendo com que essa sociedade do desempenho se preocupe mais em “não ser o próximo” do que, propriamente, nos direitos e garantias que são suprimidas nesses processos e por pautas legislativas cada vez mais frequentes.

A certeza se dá através das incertezas: a constante sensação de insegurança, de vilipêndio as garantias historicamente conquistadas e principalmente de que há um Estado ineficaz e corrupto. Em especial com relação ao último aspecto, vende-se a imagem de que há uma desnecessidade de manter algo ineficaz. Menos é mais. “Para onde vão os impostos?”.

Não há nada por acaso. A guerra às drogas é um mercado lucrativo explorado. São as empresas de vigilância privada, as agências de inteligência, o setor farmacêutico, os programas

55 Para referida pesquisa, foram analisados os seguintes acórdãos: Apelação Criminal nº 1500108-35.2019.8.26.0536; Relator: Ricardo Sale Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bertiooga - 2ª Vara; Data do Julgamento: 14/10/2020; Data de Registro: 14/10/2020; Apelação Criminal nº 1500224-12.2019.8.26.0578; Relator: Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ourinhos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/10/2020; Data de Registro: 14/10/2020; e Apelação Criminal nº 0001473-92.2017.8.26.0594; Relator (a): Edison Brandão; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bauru - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/10/2020; Data de Registro: 14/10/2020.

televisivos (incluindo-se a indústria fonográfica), a própria estrutura do Poder Judiciário e do Ministério Público, polícias, dentre outros – e esses setores, por sua vez, empregam uma grande quantidade de pessoas. Mas há um preço para isso que o trabalho tentou demonstrar.

CONCLUSÕES

Destarte, pensar na atual conjuntura social (no trabalho examinada sob um dos vários prismas possíveis, qual seja, o da sociedade disciplinar/desempenho) é compreender que nenhum elemento pode ser examinado de forma isolada.

Há uma necessária interdisciplinaridade que exige dos intérpretes, atores jurídicos, estudantes e demais integrantes do núcleo social um olhar voltado para a forma com que o Direito se amolda às pretensões (sejam elas sociais ou econômicas) do grupo dominante e como esse aparato coercitivo disponibilizado pelo Estado é utilizado.

A mídia, em igual vértice, exerce papel fundamental em estados (pós) democráticos e na ordem jurídica. É responsável não apenas pela difusão e intermediação de ideias, notícias e opiniões, mas também pelo direcionamento da mentalidade social de uma forma parcial e que ignora aquisições decorrentes de processos históricos.

Ambos os fatores, processo penal e mídia, são conjugados em uma sociedade que, anteriormente, era disciplinar e pregava aos seus componentes a obediência nos mais variados âmbitos sob a constante ameaça de proibições e prisões.

Diante da sua elasticidade e capacidade de se amoldar ao contexto histórico em que se vive, referida sociedade “evolui” para uma sociedade do desempenho que fomenta a mentalidade individual através do positivismo exacerbado, da “ditadura da felicidade” e principalmente da visão do “empreendedor de si”.

Esse “salto” exige que a mídia, não apenas televisiva, exponha anúncios (pagos por empresas) que direcionam, de forma imperceptível na esfera da individualidade, os impulsos e tensões coletivas. A criação de hábitos, desejos de consumo, mentalidades investidoras e fanatismos, faz com que uma falsa percepção de liberdade e “conexão com si” alavanque uma geração de deprimidos, fracassados e excluídos.

Ao mesmo tempo, esse mesmo meio propagador de “felicidades” é responsável pela difusão de pânico morais, geralmente atrelados à insegurança e improdutividade do Estado (o qual tem sua imagem indissociada da corrupção e da má-prestação de serviços públicos), que refletem em uma necessidade criada de proteção individual (aquisição de armas, ofendículos, pautas agressivas e totalitárias, etc.) e abandono do Estado.

O progressivo desmantelamento de um Estado que a todo custo busca agradar os anseios as

aspirações sociais ao mesmo tempo em que gera uma relação promíscua com a econômica gerando uma interdependência e subserviência, faz com que o outro seja sempre visto como um inimigo.

Portanto, a mídia, que deve ser analisada impreterivelmente através de uma criminologia midiática que leva em considerações traços relevantes como raça, gênero, orientação sexual e desigualdade social, exerce papel de protagonismo na criação dos estigmas necessários para a manutenção da sociedade de desempenho.

Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário que deveria exercer a função de controlador dos arbítrios sociais, legislativos e executivos, acaba por corroborar referidos atos.

Incumbe a dogmática penal, mídia, academia, estudantes, atores jurídicos e toda a sociedade civil compreenderem esses espaços em que o arbítrio se propaga de forma desmedida e, pouco a pouco, romper com vínculos e preconceitos estruturais que geram um retrocesso social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da punição: a ostentação do horror** – 3. ed. rev. e ampl. - Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ADORNO, Sérgio. **Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo**. Novos estudos Cebrap 43, p. 45-63. Ano 1995. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/203942/mod_resource/content/1/Adorno.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal máxima cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. – Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATA, Francesc. **La mediatización del derecho penal**. Revista Novum Jus, v.2, n.1, p. 5-32 (Jan. 2008). ISSN eletrônico 2500-8692. Disponível em: <http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/105_16224_mediatizacian-del-derecho.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3.ed. Rio de Janeiro: Revan. 2002. (Coleção Pensamento Criminológico).

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. In.: Revista Discursos Sediciosos. V. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Disponível: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Biblioteca on-line de ciências da comunicação. ISSN: 1646-3137, 2003. Acesso em: 30 de setembro de 2020.

CARVALHO, Raphael Boldt. **Mídia, legislação penal emergencial e direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/187>>. Acesso em: 14 de

outubro de 2020.

CARVALHO, Raphael Boldt; KROHLING, Aloísio. **Entre cidadãos e inimigos: o discurso criminalizante da mídia e a expansão do direito penal como instrumento de consolidação da subcidadania**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. v. 4, n.4 (Jun/2008). ISSN 1982-0496. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/88/87>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASARA, Rubens R R. **Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

DIETER, Vitor Stegemann. **A guerra proibida: os fundamentos da política de drogas proscritas**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36266/R%20-%20D%20-%20VITOR%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 14 de outubro de 2020.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**. – 1ª ed. Rio de Janeiro; Revan, 2007.

FERNANDES, Vagner Ribeiro; FAZUNATTO, Aline Mattos. **Drogas: proibição, criminalização da pobreza e mídia**. In. Anais I CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITO E COMTEMPORANEIDADE: mídias e direitos da sociedade em rede. Santa Maria (RS): UFSM, 2012. ISSN 2238-9121. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/4.pdf>>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

FREITAS, Diego Gimenes Azevedo de. **Cultura e etiqueta na investigação do crime de tráfico de entorpecentes**. Anais do II CONINTER (Congresso Internacional Interdisciplinar em Socias e Humanidades). Disponível: <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20II%20Coninter/artigos/678.pdf>>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. [et al]. **Justiça e liberdade**; organizado por Salah H, Khaled Jr. – Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**; tradução de Enio Paulo Giachini. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2015

LIMA, Rita de Cássia Cavalcante. **O problema das drogas no Brasil: revisão legislativa nacional**. Revista Libertas, v.10, n. 1 (Ago, 2012). ISSN 1980-8518. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/libertas/article/view/18199>. Acesso: 02 de outubro de 2020. doi: <https://doi.org/10.34019/1980-8518.2010.v10.18199>.

MELLO, Carla Gomes de. **Mídia e crime; liberdade de informação jornalística e presunção de**

inocência. Revista Direito do Público. v. 5, n. 2, p. 106-122 (Ago, 2010). ISSN 1980-511X. Disponível: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7381/6511>>. Acesso em: 30 de setembro de 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2010v5n2p106>.

RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação.** – Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade de clamor público como fundamento da prisão preventiva.** In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do Século). – São Paulo: Editora Método, 2001. p. 257-293.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento** – 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Mídia e Crime.** In: Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do Século). – São Paulo: Editora Método, 2001.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas** – 3. ed. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas.** 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** - 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferência da criminologia cautelar;** coordenadores Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini. – 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção saberes críticos).

ZILIO, Jacson. **Direito penal de exceção** – 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

O REVENGE PORN COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Larissa Aparecida COSTA¹
Karine Lopes NUNES

RESUMO

O ambiente virtual, propulsor de informações e conteúdos variados, contempla possibilidades para a consolidação de crimes cibernéticos, com espaço para a divulgação de imagens e vídeos, em larga escala, dando-se ênfase aos delitos de violência contra a mulher. Adota-se como referencial teórico a proposta de Soraia da Rosa Mendes, no que tange a um garantismo processual sob a ótica feminista e por meio do método de pesquisa dedutivo, busca analisar os contornos da violência de gênero em meio virtual, por meio da prática de compartilhamento, não consensual, de conteúdo audiovisual, que retratam práticas sexuais, como meio de humilhar publicamente a vítima, o conhecido *revenge porn*, que resta por anular o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, garantidos pela Constituição Federal, ensejando assim mecanismos processuais aptos a tutela de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Pornografia. Pornografia de Vingança. Estupro virtual. Machismo. Violência de gênero.

ABSTRACT

The virtual environment, which promotes information and varied contents, includes possibilities for the consolidation of cyber crimes, with space for the dissemination of images and videos, on a large scale, with emphasis on the crimes of violence against women. The proposal of Soraia da Rosa Mendes is adopted as a theoretical framework, with respect to a procedural guarantee from a feminist perspective and through the deductive research method, seeks to analyze the contours of gender violence in a virtual environment, through practice sharing audiovisual content, which portray sexual practices, as a means of publicly humiliating the victim, the well-known revenge porn, which remains to nullify the full exercise of sexual and reproductive rights, guaranteed by the Federal Constitution, thus giving rise to procedural mechanisms capable of protecting genre.

KEYWORDS: Pornography. Revenge Porn. Virtual rape. Sexism. Gender violence.

1. INTRODUÇÃO

Ao observar a velocidade de novas tecnologias, percebe-se um alcance de informações muito veloz, atingindo grande parte das partes do mundo e ocorrendo a troca de informações e dados em grandes escala.

1 Mestra pela Universidade de Marília - Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social. Presidente da Comissão de Igualdade Racial da 29ª Subseção da OAB/SP. Professora da disciplina de Prática Penal do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Professora Assistente de Processo Civil no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro da Comissão da Mulher Advogada da 29ª Subseção da OAB/SP.
Graduada em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo (2015).
Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional, Direitos Humanos e Direito Penal. Membro do Grupo de estudos de Direito Internacional com foco no Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos. Bolsista no programa de mobilidade tendo cursado 5 meses de graduação na Universidade de Coimbra/Portugal (2014).

A era da informação, permitiu o desenvolvimento tecnológico e a interação por meio das redes sociais e aplicativos de mensagens, que permitem comunicação e alterou sobremaneira as relações sociais. Nesse sentido, cumpre destacar as potencialidades tecnológicas voltadas para o cometimento de infrações penais, criando graves obstáculos à efetiva tutela a pessoa humana, com recorte na exposição de conteúdo de cunho privado e de caráter sexual de mulheres.

Nota-se que a tecnologia é oferecida a todos e pode ser utilizada de acordo com a pretensão de cada um, sendo necessário lembrar que como a formação da sociedade, o ambiente virtual também é formado tendo base uma construção patriarcal.

A violação dos direitos e da dignidade da mulher é um fenômeno social que sempre existiu desde os indícios de humanidade, e só começou a ser contestado com o decorrer do tempo por atingir a sociedade em geral e as mulheres que estavam cansadas de ser submetidas a tantos abusos. Mesmo ainda, trata-se de uma questão complexa que demanda a exigência de participação da sociedade em diversos setores, para que as agressões sofridas pelas mulheres ao redor do mundo possam ser combatidas.

Conforme demanda o machismo estrutural, o espaço virtual é propício para que seja praticado um novo tipo de violência contra o gênero feminino, revestido de misoginia e vulnerabilidade da figura feminina.

A internet tem um dos papéis mais importantes como meio do exercício do direito de liberdade de opinião e expressão, considerando a instantânea troca de informações disseminadas pela rede mundial de computadores e as redes sociais.

Reforçando esta ideia, não há como negar que toda evolução tecnológica e a facilitação do uso dessas ferramentas para propagar informação e comunicação, também passou a ser utilizado como mecanismo para o cometimento de crimes, discurso de ódio e preconceito, principalmente ao que refere-se ao compartilhamento e disseminação de imagens e vídeos íntimos de maneira não consentindo na internet.

Ante o exposto, o presente trabalho possui o objetivo de analisar os danos causados pela pornografia de vingança, no contexto de violência contra a mulher praticada com atuação nos meios virtuais.

É importante ressaltar a relevância da temática, haja vista os graves episódios e o impacto nas regras de sociabilidade no ambiente digital e compartilhamento de peças audiovisuais praticados contra as mulheres no meio virtual.

Para atingir os fins desejáveis, utilizou-se um estudo abrangente, adotando-se como referencial teórico os estudos de Soraia da Rosa Mendes, no que tange a propostas de novas perspectivas epistêmicas para o sistema de justiça criminal, sob a ótica feminista, considerando o

mesmo como instrumento apto a salvaguardar os direitos e garantias fundamentais.

2 OS PAPÉIS SOCIAIS DA MULHER BRASILEIRA DELINEADOS PELO PATRIARCADO

O termo violência, para que seja conceituado, é um vocábulo que provém da palavra em latim *violentia*, que por sua vez deriva do prefixo *vis* que significa dizer impulso, força, vigor, ou potência.

A violência está enraizada nas relações dos seres humanos, que de alguma forma, contra alguma coisa ou pessoa, aplica força com intuito de constranger, coagir, machucar e descontar algum sentimento de raiva. A violência é utilizada para conseguir alguma ação que, não desejada por outrem, seja realizada a qualquer forma ou para suprir algum sentimento de frustração, trauma ou vingança.

Dentre as diversas formas de praticar a violência, uma das mais significantes é a violência de gênero. A partir da crença da superioridade do homem perante a mulher, a história da evolução do ser humano é repleta de violência contra a mulher, que sempre foram vistas como seres com função de reproduzir e criar, impossibilitando novos espaços para a atuação feminina.

Ainda hoje, devido a crenças, criação, cultura e religião, a mulher é considerada por muitos como inferior e subordinada ao homem. Por esses motivos, quando uma mulher pratica alguma ação contrária aquilo que é imposto dentro de uma relação machista ou apenas não age da forma em que o homem espera, ocorre a violência contra a dignidade da mulher, que pode ser atingida psicologicamente, fisicamente ou moralmente.

Sobre o tema discorre Almeida e Bandeira, (2016. p. 86)

[...]vivemos em sociedades moldadas pela misoginia. Apesar dos avanços, as mentalidades resistem à mudança, sobretudo quando se trata do núcleo duro das emoções e identidades pessoais. Por mais modernos que sejamos, é comum existir algo de atávico e atrasado em nós que se refere às relações de gênero, por exemplo: a cada duas horas uma mulher é assassinada no Brasil e outras passam por cárcere privado, agressões verbais, difamação, desqualificação psicológica.

Esse comportamento decorre da naturalização do machismo que perdura em nossa sociedade, com a existência de um passado de dominação masculina, e sendo a mulher considerada um ser inferior ao homem, desde que surgiram os primeiros mitos e histórias sobre o surgimento da humanidade.

O poder patriarcal delimitou como característica básica a restrição ao espaço e funções da mulher, sendo delimitadas pelo poder do marido sobre a esposa. Os patriarcas viam as mulheres da casa, esposa e filhas, como propriedades, atribuindo ordens e delimitação ao direito de ir e vir.

As mulheres dos engenhos eram permitidas comparecer apenas às missas locais e ficar em

casa cuidando dos afazeres, não podiam ao menos ir às compras, pois a rua era tida como lugar para os homens e se houvessem mulheres nas avenidas, essas seriam prostitutas.

Analisando as relações que fundam o tratamento concedido as mulheres, Mendes (2020, p.130) afirma:

Em verdade, a preponderância da cultura patriarcal até os dias de hoje ainda reserva às mulheres a condição de objeto (no sentido de propriedade, posse, objeto de desejo), a ponto de atribuir às suas experiências de vitimização os sentidos que atendem aos interesses da própria cultura. A pouca (em alguns casos quase nenhuma) credibilidade dada à palavra da vítima ou incapacidade para entender que a ela deve ser conferido tratamento digno e respeitoso – o que significa não ser, por exemplo, submetida a um depoimento em uma sala de audiências na qual ela se vê rodeada, por homens (muitas vezes só homens) demonstram claramente isso.

Nessa perspectiva de associação do espaço público e centros urbanos como um lugar para homens e mulheres “mundanas”, até nos dias atuais é possível perceber como as ruas ainda são ambientes masculinos, pois quando mulheres são expostas a ambientes que não sejam seu próprio lar, sofrem violência de todos os gêneros.

Em uma análise de um ponto de vista histórico brasileiro, a violência contra a mulher decorre de uma cultura escravocata, já que o Brasil foi um dos últimos países a abolir a escravidão, tratar outro ser humano com desprezo, ódio, frieza e considerar uma pessoa como propriedade, não seria tido como uma conduta anormal, apesar de ser totalmente repugnante. É claro que, a vivência de mulheres brancas não podem ser medidas com as marcas de crueldade sofridas pelas mulheres negras que foram escravizadas e até hoje sofrem preconceito por serem mulheres e negras.

Nesse ponto, cumpre destacar que as mulheres negras são expostas a um padrão de violência ainda mais perverso, conforme destaca Mendes (2020, p.167):

A partir de levantamento realizado na base de dados do Ministério da Saúde/SVS – Sistema de Informação de Agravos de Notificação, Goes verificou que, em 2014, 61% das vítimas de estupro eram negras. São as mulheres de nível fundamental que apresentam maior percentual, visto que são meninas e adolescentes também as maiores vítimas. Para as meninas, a violência – física, sexual e emocional – é prevalente na adolescência e também é frequentemente cometida pelos mais próximos, inclusive os parceiros.

Porém, é possível associar o desprezo pelo sexo feminino como uma característica herdada do comportamento escravocata, que tinha como seus senhores, homens brancos que promoviam todo tipo de violência, assim como ainda persistem sendo violentos com as mulheres modernas.

Durante séculos, campanhas de desvalorização do sexo feminino foram impostas e não permaneceram apenas nas relações sociais e no mundo externo feminino, mas também atingiram a inconsciência da mulher, pois elas passaram a acreditar e seguir aquilo que era dito ao seu respeito.

Mesmo que em 1988, a Constituição Federal tenha deixado claro em seus artigos 5º e inc. I e art. 226, § 5º, que não existe desigualdade entre os seres humanos e enfatizado a equiparação entre homem e mulher, a tradição patriarcal e sua ideologia subsistem na esfera social de forma severa,

sendo comum ainda hoje dentro dos lares a mulher ser encarregada de servir ao lar e família, cumprindo um turno a mais que os homens, de forma geral, pois muitas trabalham fora e são responsáveis pelas tarefas domésticas.

O patriarcado pauta as relações sociais, desde o cenário doméstico e familiar, de modo a naturalizar mecanismos brutais de imposição e superioridade do homem, sobre os demais membros da família.

Não é também uma opção para o modelo patriarcal, que os adultos da família, ou seja, os pais da família atuem de forma conjunta e consensual, o que seria ideal para qualquer formação de família, importando e demonstrando respeito entre o casal.

É importante lembrar que, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 88, até 2002 antes da reforma que alterou o novo Código Civil Brasileiro, ainda era encontrado na redação do Código o papel do homem como chefe da sociedade conjugal: Art. 233, cap. II, “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

Por este panorama, surge à violência doméstica e familiar contra a mulher, com justificativas de ser realizadas como forma de reparar falhas no cumprimento e comportamento ideal, que a mulher deveria ter respeitado.

A quebra desse paradigma enraizado e preestabelecido como uma forma de coação moral, através das conquistas femininas ocorridas mundialmente, devido aos movimentos e mobilizações feministas.

Sobre essa vertente afirma Mendes (2020, p. 176):

E é neste sentido, sob a perspectiva feminista, que o direito à proteção contra a violência de gênero se coloca como vetor estruturante a partir do qual devem ser deduzidos os parâmetros para formação discurso de aplicação da norma penal contra quem sofre com violações que não deixam de ser uma responsabilidade estatal e da sociedade como um todo.

Fica evidente que a partir da dominação masculina, a violência simbólica é instituída, mesmo que não tenha a violência propriamente dita, existem muitas formas de dominação, causando impacto na vida das mulheres, como pela desigualdade salarial ou a submissão causada pelo medo.

A violência simbólica é trazida também, por meios complexos, como o alcance masculino a certos tipos de experiências, tanto como experiências cotidianas ou que valem para um cargo de emprego, e também ao intelecto disponibilizado ao homem que possui seu tempo disponível, enquanto a mulher é condicionada a cuidar do lar. Desse modo, Pierre Bourdieu propõe:

Saindo do lar doméstico, encontramos o androcêntrico atravessando, também, a formação do pensamento, nas ciências e na filosofia. A divisão entre os sexos parece estar na ordem

social e das coisas, nesse sentido a dominação masculina é tão sofisticada que dispensa justificativas, é como se essa visão de mundo fosse neutra e não tivesse necessidade de explicar-se. (BOURDIEU, 2000, p. 35)

Apresentar a dominação masculina como violência simbólica, como é trazida pelo autor, não significa desconsiderar a violência de forma material, visto que a violência contra mulher propriamente dita ocorre de forma alarmante e necessidade de medidas para que sejam cessadas.

Porém, é importante que os impactos sofridos pela dominação masculina mesmo por uma violência apresentada de forma simbólica, sejam analisados em geral, pois a sociedade é refém dessas consequências, que se manifestam de maneiras sutis e imperceptíveis, como por exemplo, os homens que são atingidos pelo machismo e não conseguem sair dessa posição, já que é uma imposição da sociedade:

A virilidade [...] é uma noção eminentemente relacional, construída diante dos outros homens, para os outros homens e contra a feminilidade, por uma espécie de medo do feminino, e construída, primeiramente, dentro de si mesmo.” (BOURDIEU, 2000, p.79)

O decorrer do atual século tem uma sociedade que reproduz a subordinação da mulher perante o sexo masculino, com base em criações machistas, costumes e tradições usadas como justificativas para praticar opressão e comando. Portanto, a perduração do patriarcado é utilizada como forma de naturalização de um sistema que oprime e tolera o exercício da dominação e exploração sexual e objetificação da figura feminina, de modo a negar o pleno gozo dos direitos sexuais e reprodutivos e expor a mulher ao temor e aviltamento público por meio da divulgação de conteúdo audiovisual de cunho sexual e privado.

2.1 Panorama sobre a Objetificação Sexual da Mulher

A representação da figura feminina, pautada na exposição do seu corpo e na forma de tornar vulnerável a exibição e projeção cinematográfica, que reforça posições de inferioridade e submissão das mulheres.

Nesse sentido, inclusive a atuação profissional das mulheres, torna-se objeto a ser sexualizado, representando mulheres *fetichizadas* no ambiente profissional apresentadas de forma sexual, evidenciando que até mesmo no mercado de trabalho as mulheres não deixam de ser objetificadas sexualmente.

Essa objetificação decorre pela consolidação do mundo pornográfico, em criar todos os tipos de fantasia sexuais com mulheres, colocando a mulher como quem sempre irá satisfazer desejos sexuais masculinos, pois como muitos acreditam, a mulher foi criada para servir ao homem, respeitá-lo em qualquer decisão e realizar suas vontades, mesmo que essas exijam uma disposição além da que pode ser oferecida e seja contra a sua vontade.

É inegável a influência que a mídia tem sobre o corpo feminino e a sua padronização. Em uma era em que as redes sociais fazem parte do cotidiano de crianças, jovens e adultos, a referência de um modelo a ser seguido, impõem padrões inatingíveis e que expõem a figura feminina a degradações.

Mendes nos explica os processos de vitimização das vítimas de violência sexual (2020, p.184):

É possível afirmar que o processo ao qual é submetida uma mulher vítima de violência sexual vai desde o próprio ato sofrido (a ocorrência do crime); passa pelos obstáculos estruturais a serem enfrentados (inexistência de delegacias especializadas próximas, difícil acesso ao serviço médico legal etc.), assim como pelo descrédito e “julgamento de conduta” a que é submetida dentro do sistema de justiça criminal (tratamento dispensado pelos agentes de polícia, servidores nos órgãos de perícia e, também, por juízes, defensores públicos, advogados e outros na fase judicial); e, por fim, chega à etiqueta, que de um modo amplo lhe é lançada a partir de sua conduta social, familiar e, 5 6 principalmente, moral. A esses três estágios chamamos, respectivamente, de vitimização primária, secundária e terciária.

Obviamente essa expectativa de alcançar os corpos femininos impostos pela mídia, gera frustrações e transtornos na vida dessas mulheres e principalmente de meninas que tem acesso à internet e estão em constante transformação e evolução dos corpos, de acordo com a idade em que se encontram. A perspectiva da realidade é perdida por essas jovens, que muitas vezes não compreendem que a vida real é diferente do que é mostrado nas redes sociais, desenvolvendo assim, distúrbios alimentares e psicológicos.

A objetificação sexual feminina afeta o desenvolvimento de crianças e adolescentes, para o desenvolvimento corporal e sexual, pois geralmente encontram-se na puberdade e em uma fase intensa de transição hormonal, e muitas vezes prejudicam a naturalização desse período com a interferência de atividades físicas em excesso e de alimentação não saudável, pois almejam conseguir um corpo magro ou dentro dos padrões, que na verdade não é saudável para todos, já que cada um possui suas particularidades.

É prejudicial também para o desenvolvimento social, pois muitas meninas sentem vergonha e raiva do próprio corpo, não possuindo segurança e confiança para se relacionar com outras pessoas.

Para Simone Beauvoir, (1949, p.111) *“a feminilidade, com todo seu arcabouço de significações, não é algo nato ou impresso na anatomia da mulher, mas um atributo adquirido ao longo dos processos de socialização”*.

Sendo assim, a mulher é conduzida e corrompida pela a sociedade para que seu comportamento, escolhas e gostos sejam de acordo com aquilo que é imposto para as mulheres, havendo o silenciamento das vozes femininas e um tipo de aprisionamento à esfera doméstica e familiar, destinadas a serem maternais.

Dos gineceus aos conventos, dos quilombos aos haréns, das fogueiras aos manicômios, sentiu a violência da opressão, da custódia e da sua formatação a um ideal feminino. A cultura misógina é repetidamente reforçada por argumentos retirados da religião à filosofia, da psicanálise à biologia. (BEAUVOIR, 1949, p.112).

Na formação e educação das crianças, os meninos são estimulados a explorarem seu corpo e sua sexualidade. Ao contrário, a menina não terá o seu órgão para alienar-se, já que o conhecimento da própria vagina é um ato reprimido, assim irá se apegar em seu corpo todo e bonecas que é a representação de um corpo, como afirma a autora: “a menina será encorajada a alienar-se em sua pessoa por inteiro e a considerá-la um dado inerte”. (BEAUVOIR, 1949, p.253)

Portanto, a mulher mesmo que inconscientemente, entende que a objetificação atribuída ao seu corpo não é como se fosse tua, mas é para ser propriedade de um homem.

Hoje em dia, com o advento de movimentos feministas e o conhecimento levado para meninas que ingressarão nesse universo machista, é possível que a consciência dessas garotas seja alterada, e ela entenda que não deve sentir-se como um objeto sexual para realização de vontades masculinas, mas como um ser digno pelo jeito que seu corpo é formado, sem rotulações e estereótipos.

Nesse sentido, Beauvoir (1949, p.255) discorre:

Tudo contribui para confirmar essa hierarquia aos olhos da menina. Sua cultura histórica, literária, as canções, as lendas com que a embalam são uma exaltação do homem. São homens que fizeram a Grécia, o Império Romano, a França e todas as nações, que descobriram a terra e inventaram os instrumentos que permitem explorá-la, que a governaram que a povoaram de estátuas, de quadros, de livros. [...] Nada mais tedioso do que os livros que traçam vidas de mulheres ilustres: são pálidas figuras ao lado de algum herói masculino.

Por outro lado, apesar dos obstáculos encontrados para o processo de desconstrução de atitudes e pensamentos machistas, a mulheres tem encontrado apoio em outras mulheres para o fortalecimento e reconhecimento dos seus direitos, afastando a ideia de naturalização de uma posição subordinada.

A padronização da beleza e a sexualização dos corpos femininos, impõem estigmas² para a representação das figuras femininas, sendo que o “mito da beleza” cria um abismo que afasta as mulheres do cenário público e o mercado de trabalho.

O mito da beleza não é sobre mulheres, mas sim sobre a dominação masculina e o poder institucional dos homens, que idealizam e moldam as mulheres para que as mesmas correspondam a suas ideias.

2 Soraia Mendes (2020, p.128) explica como o fenômeno impacta nos estigmas sociais: “O patriarcado não torna as diferenças entre mulheres e homens fixas e imutáveis, mas qualifica as relações entre os sexos ao evidenciar o vetor de dominação e exploração do homem sobre a mulher presente em sociedade. Para além de se referir às relações de dominação, opressão e exploração masculinas, a construção social do gênero implica falar sobre espaços, papéis e estigmas”

Nesse aspecto, nos valem das considerações de Wolf (1992, p. 203):

É improvável que um homem chegue a se aproximar o suficiente de mulheres quando elas estão julgando a aparência, a altura, a musculatura, a técnica sexual, o tamanho do pênis, os cuidados pessoais ou o bom gosto nas roupas dos homens, temas que sem dúvida abordamos. O fato é que as mulheres são capazes de encarar os homens da mesma forma que eles as encaram, como objetos para sua avaliação estética e sexual. Nós também, sem qualquer esforço, podemos selecionar o "ideal" masculino dentre uma fileira de homens em exibição. E se pudéssemos possuir a beleza masculina além de tudo o mais, a maioria de nós não a rejeitaria. E daí? Levando-se tudo isso em consideração, as mulheres em geral optam por aceitar os homens em primeiro lugar como seres humanos.

Com o advento das redes sociais, foi gerada uma cultura de exibicionismo, o que tem tornado parte da nossa realidade, sendo uma ação mais comum a cada dia em nossas vidas.

Com o acesso a internet por diferentes camadas sociais e faixas etárias das pessoas, a necessidade de exposição tornou-se uma realidade para muita gente.

As câmeras ao alcance das mãos, e a rápida troca de mensagens e a conectividade com as redes sociais, trazendo interação instantânea, permite compartilhar nossa rotina e intimidade, com mais facilidade e atingindo um número incontável de pessoas, em busca de “likes” e o rápido compartilhamento mascarado por julgamentos e objetificação.

Essa exposição e vulgarização do corpo feminino reforça, além dos padrões de beleza, a cultura do estupro e pedofilia, pois muitos homens consideram que essa exposição é um convite para que o corpo feminino seja violado e que, já que se apresenta dessa forma, poderá suportar todos os tipos de comentários indesejados e pressão social.

Geralmente, as publicações feitas na internet retratam coisas que não seriam feitas fora desse contexto, aqui em tempo e mundo real, pois as redes sociais transmitem falsas sensações de segurança e liberdade, quando na realidade, expandem a possibilidade de condutas má intencionadas em um âmbito que não possui restrições, limites e apoio legal suficiente.

Portanto, a exposição feminina livre, além de poder resultar em muitos prejuízos, reforça o que é chamado de falsa liberdade, que pode ser contextualizada, como o conforto e a proteção mascaradas em um determinado momento e naquele espaço em si, mas por trás disso muitas meninas e mulheres estão sofrendo, sendo violentadas e exploradas sexualmente.

Enquanto a proteção e a liberdade não forem atingidas por todo o sexo feminino, nenhuma mulher estará, de fato, segura, continuará sujeita as agressões do patriarcado, por isso é necessário ter empatia ao reforçar um estereótipo feminino sexualizado e que lança as mulheres em um cenário de misoginia e violência.

3 O REVENGE PORN E A “SEXTORSÃO”

A nova era digital é marcada pela evolução tecnológica e das condutas delituosas,

modernizado os métodos para praticar violência de gênero e insistir em reafirmar comportamentos e linhas de pensamentos machistas.

Surge assim uma nova forma de extorsão, conhecida como “sextorsão”, que advém da palavra sexo com extorsão, sendo a extorsão praticada para receber ações. (FRANKLIN, 2014, p. 1303).

O termo pornografia de vingança, originou-se a partir da expressão inglesa *revenge porn*³. Trata-se de uma pornografia não consensual, em que o parceiro da vítima propala, ou aquele que insiste em manter um relacionamento com a vítima, por meio da Internet, produz fotos, vídeos ou áudios, que revelam a intimidade da vítima, em situações eróticas ou sexuais, tendo como objetivo humilhar e expor a imagem da vítima. (VALENTE; NERIS; RUIZ; BULGARELLI, 2016, p. 2).

A revolução tecnológica alterou completamente a forma das interações pessoais e os relacionamentos passaram a ter um embasamento cada vez mais virtual. Surgindo cada vez mais uma nova forma de comunicação, tendo como protagonista as redes sociais, em que mensagens são enviadas instantaneamente, aumentando o compartilhamento de imagens, vídeos, áudios e montagens entre os usuários. Dessa forma, tem-se uma rede de alcance muito alto que é utilizada para difusão de informações e de material de divulgação livre, sem restrições.

Após um histórico de lutas e manifestações para que as mulheres pudessem usufruir de direitos que sempre foram garantidos para os homens, tendo em vista que muitos direitos ainda foram alcançados, a pornografia de vingança é um típico exemplo que a sociedade ainda entende por errado a liberdade sexual feminina e a ideia da mulher poder escolher como e com quem deseja permitir a disposição do seu corpo.

Oliveira (2018, p.96) nos apresenta como a prática delituosa reforça os estigmas de subordinação das mulheres:

[...] A pornografia de vingança funciona como uma retomada da autoridade masculina sobre o corpo da mulher e conseqüente retirada da autonomia dela. Outrossim, mais do que isso, o próprio dano que a vítima sofre é fruto da cultura de dominação masculina, a qual impõe que a mulher se mantenha pura, resistente aos avanços masculinos, de forma que merece desaprovação social o comportamento que possa caracterizar uma manifesta sexual feminina.

As vítimas desta conduta, em uma maioria esmagadora de casos corriqueiros são julgadas, ridicularizadas, perseguidas e, até mesmo, culpabilizadas pelo mal que lhe acometeu. Ou seja, os papéis são invertidos, quando aquele que cometeu o crime de propagar imagens íntimas sem o consentimento da vítima, sai impune e a responsabilidade é colocada totalmente para a mulher:

3 O termo tem origem americana e vem sendo utilizado para evidenciar um conjunto de ações consistente em divulgações, não consentidas, de imagens, vídeos ou peças audiovisuais de cunho sexual, a um número indeterminado de pessoas, de forma a expor momentos de intimidade da vítima por meio da quebra de confiança, por meio da utilização de sites especializados em material pornográfico. (LINS, 2015, p. 5).

Uma pesquisa divulgada pela Organização SaferNet, entidade que possui uma parceria com o Ministério Público Federal e com a Polícia Federal para monitorar violações de direitos humanos na internet, concluiu, em 2010, que 11% das crianças e adolescentes entre 05 e 18 anos do País já compartilharam mensagens sensuais ou fotos em poses insinuantes. No mais, em 2013, em um estudo da mesma organização, foi apontado que 20% dos brasileiros afirmaram já terem enviado e recebido nudes e que, dentre estes, 6% alegam terem reenviado o material íntimo para outras pessoas. (LIMA, 2018)

Sendo assim, o *revenge porn* é uma forma de violação dos direitos à honra e à intimidade, já que necessariamente está conectado à violência de gênero, tendo as mulheres como principais vítimas, pautado na quebra de confiança. (Spagnol, 2015, p. 1),

Nesse contexto, cumpre ponderar sobre as possíveis motivações e impacto na vida das vítimas, conforme delineado por Franks, (2015, p. 02, apud LIMA, 2018):

A professora de Direito da Universidade de Miami, Mary Anne Franks, contudo, defende que o termo “revanche” é inapropriado, haja vista que a motivação para a prática não se resume apenas a uma possível vingança de um ex-companheiro, podendo ter como objetivo a extorsão da vítima, o respeito na comunidade hacker (em casos de violação de dispositivos), o desestímulo a denúncias de crimes sexuais (estupradores que ameaçam divulgar vídeos do crime caso a vítima o delate), entre outros. A nomenclatura “pornografia” também pode ser debatida, tendo em vista que o material íntimo da vítima não é sempre usado com o intuito sexual, razão pela qual o termo mais acurado para a conduta seria “pornografia não consensual.

Para compreender o surgimento desse comportamento é importante lembrar fatos que ocorreram com o passar dos anos e evolução dos tempos, como é remetido à década de 80, quando uma popular revista adulta masculina americana passou a circular uma nova “matéria” em suas páginas denominadas “Beaver Hunt” (Caçada ao Castor), que tinha o intuito de publicar em suas páginas muito acessadas por homens, fotos de mulheres comuns nuas, em poses cotidianas, tarefas diárias ou momentos de lazer, muitas vezes tiradas em locais públicos.

Essas imagens eram enviadas pelos próprios leitores, sem o conhecimento das mulheres que eram expostas nas fotos e que em sua maioria não sabiam que tinham sido fotografadas.

Algumas décadas depois, com a inclusão da internet e com novas tecnologias fotográficas de maior acessibilidade para diversas classes sociais, surgiu um tipo específico de comportamento sexual que foi muito adotado, baseado no interesse por “pornografia real”, sendo esta conhecida como “pornografia amadora”.

Este comportamento gerou um interesse social, retoma a intenção de expor sexualmente pessoas comuns sem que fosse composta por atores e sem que fosse permitida a divulgação de imagens, fazendo com que essa preferência comportamental migrasse para um conteúdo pornográfico e amador não-consentido, ou seja, a divulgação inadvertida de cenas íntimas de cunho sexual de pessoas poderiam ser conhecidas socialmente ou não, em situações privadas, com o objetivo de constranger parceiras sexuais, tornando-as centro de críticas da sociedade. A partir desse momento era possível notar os elementos da pornografia de vingança.

Mesmo com esse advento, ainda se tratava de um comportamento sexual obscuro, não sendo o “*revenge porn*” um assunto falado e explícito, sendo levada em pauta apenas em 2010 pela sociedade norte-americana, diante da criação do site “IsAnyOneUp.com”, que foi titulado como “especializado em pornografia de vingança”, que tinha como finalidade receber mídias, enviadas pelos usuários, de pessoas, em sua maioria mulheres (ex-parceiras, conhecidas, desconhecidas, famosas, etc.) nuas que, após certificar de que vítima era maior de 18 anos, disponibilizava a foto para o acesso livre qualquer pessoa que visitasse o site.

Ainda, foi o primeiro a incluir, juntamente com as fotos, o nome completo, emprego, endereços e perfis das redes sociais da vítima. Com o aumento de visualizações no site, tendo em média 350 mil visualizações diárias, o site lucrou trinta mil dólares em um único mês expondo majoritariamente mulheres, chegando a disponibilizar diariamente novas fotos de quinze a trinta vítimas diferentes.

O criador da página foi identificado, sendo o australiano Hunter Moore⁴, que por algum tempo escapou ileso aos recursos judiciais de vítimas, diante da ausência de legislações específicas para tratar o assunto. Porém, em pouco tempo, a sociedade norte-americana passou a repreender e manifestar contra os novos escândalos de vazamentos de imagens pornográficas de pessoas.

O encerramento das atividades do site, foi alcançado apenas dois anos depois, por vontade própria do criador, que alegou “estar cansado de problemas judiciais”, mesmo que ainda não tivesse sofrido nenhuma punição quanto à divulgação de imagens, já que não existia legislação específica para condenar o autor da exposição das vítimas.

A prisão de Hunter Moore ocorreu apenas em 2014 por outros crimes praticados, como invasão à dispositivos com o fim de lucro.

Na época dos fatos, em agosto de 2012, um grupo foi criado para ter uma mobilização contra o assédio sofrido pelas pessoas expostas e pelo fim da pornografia de vingança, sendo este intitulado como Cyber Civil Rights Initiative (Iniciativa para os Direitos Civis Virtuais em tradução livre), defendendo ser o assédio virtual uma violação dos direitos civis. O grupo administra o site EndRevengePorn.org, fundado por Holly Jacobs, e considera a pornografia de vingança uma forma de crime sexual.

Em 2013, foi criada a primeira proposta de lei, na Flórida, que tipifica a pornografia de vingança como crime grave, podendo o agressor sofrer punição de até cinco anos em regime fechado. Mesmo com comoção social em apoio ao projeto, a votação do projeto foia diada na

4 O acusado ficou conhecido como *douchebag professional*, especialista em dar visibilidade a imagens e conteúdos sexuais de mulheres, como vingança por relações amorosas. Disponível em: <https://tecnoblog.net/meiobit/278087/hunter-moore-fundador-isanybodyup-com-rei-porn-revenge-presos-fbi-acusacoes-roubo-identidade-conspiracao-invasao-e-mail/>. Acesso em 03 de Agosto de 2020.

época.

Já em janeiro de 2014, o primeiro país a tipificar a divulgação de pornografia não-consensual como crime, foi Israel, com prisão de até 5 anos para os condenados, que são tratados como criminosos sexuais.

No ano de 2015, foi noticiada mundialmente, a prisão de Kevin Bollaert, criador de sites dedicados exclusivamente a divulgação e arquivos de pornografia de vingança, que foi condenado pelo Estado da Califórnia (EUA) a 18 anos de prisão por crimes de roubo de identidades e extorsão.⁹¹ Bollaert administrava a página “UGotPosted” (Você foi postado, em tradução livre), que convidava aqueles que foram rejeitados por mulheres a enviar ou hackear, anonimamente imagens de suas ex-namoradas nuas, para que fossem vingados pelo término do relacionamento.

Entre 2012 e 2014, o site expôs mais de 10 mil pessoas, em sua grande maioria mulheres. Todas as fotos postadas estavam acompanhadas da identificação pessoal das vítimas, Com o objetivo de lucrar à custa das vítimas que tiveram suas imagens expostas, o americano criou uma segunda página chamada “ChangeMyReputation” (Mude minha reputação, em tradução livre), em que cobrava de \$250 a \$350 dólares das mulheres cujas fotos foram postadas no site “UgotPosted” como chance para retirar o material pornográfico do ar.

Ou seja, além de expor imagens íntimas sem o consentimento das pessoas, o autor ainda praticou extorsões para que as vítimas tivessem a chance de “mudar a sua reputação”, para as imagens que não deveriam ter sido postadas, fossem apagadas. Bollaert faturou cerca de \$30 mil dólares com as extorsões, além do dinheiro arrecadado por anúncios publicados no site que tinha um número de acesso muito alto.

A repercussão tomada pela pornografia de vingança na mídia, levada em pauta pelos debates iniciados pelos movimentos feministas, expôs diversas falhas por empresas de serviços online, que poderiam resultar em mais casos de exposição indesejada e redes de relacionamentos que não apresentam segurança suficiente para os usuários. Buscando evitar novas práticas de delitos, tais empresas editaram normas mais severas relacionadas ao compartilhamento de material pornográfico não autorizado.

A partir desses fatos, diversos estados norte-americanos passaram a criar legislações contra a pornografia de vingança, o que já somava 34 unidades federativas até novembro de 2016, das quais 11 possuíam leis específicas que permitem a adoção de medidas judiciais diretamente contra os ofensores.

Uma pesquisa realizada em 2014 pela organização EndRevengePorn revelou que 90% das pessoas que alegaram terem sido vítimas de “pornografia da vingança” eram mulheres. Destas, 57% alegaram que o conteúdo pornográfico foi disponibilizado por um ex-namorado, juntamente com o nome completo da vítima (59%) e perfil na rede social (49%). (GONÇALVES, 2017)

Por esses dados, a pornografia de vingança aparece como uma nova modalidade de violência de gênero, potencializado pelo avanço tecnológico. Não há nenhuma novidade quanto ao discurso que é dado como justificativa para este comportamento, trata-se da punição da mulher que nega ou subverte o papel social que lhe foi imposto.

No entanto, o discurso foi adaptado às novas formas de realizar (e dar publicidade) a humilhação social, sendo as redes sociais mais uma possibilidade de ser também utilizadas como instrumento de controle das mulheres.

Nesse sentido, enquanto ciência que atua diretamente nas relações sociais, cumpre analisar como o sistema de justiça reproduz estigmas de violência e negação de direito das mulheres, conforme assevera Mendes (2020, p.129):

O direito não passa incólume ao simbolismo de gênero e menos ainda ao patriarcado. Por consequência, o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal também não. Pelo contrário, o processo penal e o modo de funcionamento do sistema penal não só reproduzem desigualdades baseadas no gênero, mas produzem muitas destas próprias desigualdades.

Não há, no Brasil, legislação específica que verse sobre este tipo de delito, restando à doutrina e jurisprudência moldar e discutir essas questões, em face a um ordenamento jurídico precário quando o assunto é o âmbito digital.

3.1 A Culpabilização e Tutela da Vítima

A pornografia de vingança, ou também, “sextorsão”, junção da palavra sexo com extorsão, pode ocorrer em variadas situações, como em uma troca de mensagens e fotos de conteúdo sexual, em que as partes não podem não ter um relacionamento fixo, como namoro ou casamento, mas é moralmente concretizado que trata-se de mensagens sigilosas, pois refere-se a intimidade.

Quando ocorre o compartilhamento dessas imagens, ocorre a quebra de um acordo tácito, se não tiver sido expressa a proibição de divulgação. Podem ocorrer em situações em que, mesmo em que uma relação passageira, o indivíduo divulga imagens que recebeu da vítima, como um modo de tirar vantagem em seu meio social e se vangloriar como homem sexual que obteve o material em determinado momento de prazer.

Tendo como realidade que a maioria das vítimas do “revenge porn” são mulheres, quando uma mulher é exposta dessa forma, são quebrados os padrões sociais de como deveria ser o comportamento, o qual sempre é voltado para a mulher recatada e modesta, associando-a a comportamentos negativos ou como se fosse um ato criminoso, o resultado é dado em sérios danos sociais e simbólicos.

Como um primeiro julgamento, ocorre o ataque direto à essência, personalidade e

comportamento dessa pessoa. São sempre julgadas pela sociedade em geral, como merecedoras dessa exposição, pois já que agiu de uma forma que não deveria, arcar com as consequências é uma responsabilidade, quando na verdade a primeira pessoa que deveria ser questionada e julgada, é quem compartilhou as imagens sem o consentimento da vítima.

A liberdade sexual é um direito de todos os seres humanos que são bem resolvidos com sua sexualidade, bem como a intimidade e a honra. Quando ocorre a exposição da intimidade de uma pessoa de forma não consensual, é uma afronta direta a esses direitos personalíssimos do indivíduo, sendo penalizados socialmente pelo simples motivo de sentir e ter desejos sexuais.

Mesmo que o conteúdo exposto de forma não consensual, não tenha como o objetivo de lucro, como acontece na indústria pornográfica, em que são pagos pela produção de vídeos, a exposição sexual é vista com o mesmo repúdio moral, já que a mulher seguiu outro caminho, mesmo que de forma momentânea, e deveria ser aquela que preza pela manutenção da reprodução familiar, em um contexto de manter tradições de relações afetuosas, ou que aparentam ser.

Obtém-se assim, atitudes não compatíveis com fotos ou vídeos de sexo explícito, sendo mais aprovado socialmente que a mulher seja vítima de violência doméstica do que sexualmente exposta, pois a mulher que sofre violência doméstica está dentro de uma relação e não está agindo de forma promíscua.

São muito alarmantes os casos em que por não aceitar o fim do relacionamento, os indivíduos utilizam a pornografia de vingança como forma de coação e extorsão para reatar o relacionamento ou para atingir alguma finalidade. Sendo em si uma violência contra a mulher, mesmo que não ocorra o ato físico, pois são em meios virtuais, mas acontece de maneira psicológica.

Ainda que tenha surgido há longa data, os casos de pornografia de revanche ficaram mais conhecidos com a inserção das redes sociais, smartphones e acesso fácil a tecnologia ao cotidiano dos jovens. Muitos adolescentes ao publicarem imagens íntimas, não sabiam a dimensão do alcance de visualizações e as proporções que poderiam ser acarretadas.

Em 2014, a organização EndRevengePorn disponibilizou os resultados da pesquisa que realizou em seu site, e acabou por oficializar o óbvio: das pessoas entrevistadas pelo site, 90% das que alegaram terem sido vítimas da pornografia de vingança eram mulheres. Destas, 57% alegaram que o conteúdo pornográfico foi disponibilizado por um ex-namorado homem, juntamente com o nome completo da vítima (59%) e perfil na rede social (49%). (BUZZI, 2018)

O estresse gerado acompanha a vítima em todos os cenários que ela está inserida naquele período de ocorrências. O âmbito virtual dá palco para comentários ofensivos, discurso de ódios, interpretações diversas e brincadeiras de mau gosto.

Para mulheres adultas, surgem problemas no trabalho e dificuldades para a vida social em

geral, como se reestabelecer em um emprego ou relacionamento; Já as adolescentes tornam-se alvo de bullying e são fadadas à uma reputação ruim, ficando conhecidas como “vadias” e promíscuas.

Ainda, 93% das vítimas relataram terem sofrido significativo estresse emocional devido ao ocorrido; 82% disseram terem sofrido relevante prejuízo em sua vida social ou ocupacional em razão de serem vítimas da pornografia de vingança; 49% passaram a ser assediadas ou perseguidas na internet por usuários que tiveram acesso às suas gravações; 57% sentem medo que esta violência sofrida afete seu desempenho profissional; 54% têm dificuldades em se focar no trabalho ou estudo após o ocorrido e 51% passaram a ter pensamentos suicidas. (BUZZI, 2018)

A repressão significativa nesses casos de pornografia não consensual pode ser tão grave, que em muitos comentários de ódio é comum que se encontrem palavras de incentivo ao suicídio das vítimas e de degradação da imagem dela. O sofrimento passa ser um sentimento recorrente e a culpa toma conta do pensamento da vítima, mudando o modo de como a pessoa olha para a sua própria existência e questiona se realmente é merecedora de estar viva.

A vítima passa a ser tratada como criminosa pela sociedade, que mesmo sem perceber, colabora com a despersonalização da vítima a ser merecedora de todo os males que são acarretados.

Em 2013, devido ao crescente uso de aplicativos como “WhatsApp” e “Snapchat”, aplicativos de trocas de mensagens, imagens, imagens audiovisuais e áudios instantâneos, foram noticiados muitos casos de pornografia de vingança que ficaram conhecidos no país inteiro.

Em relação ao ano de 2013, quando 101 casos de vazamento de imagens íntimas foram atendidos, a procura por ajuda mais que dobrou, apresentando um crescimento de 110% em relação ao ano de 2012, quando 48 pessoas foram atendidas. Ainda, 77% das vítimas são do sexo feminino, sendo 88% mulheres jovens, na faixa etária dos 13 aos 25 anos.” (BUZZI, 2018).

Dois casos que tiveram grande relevância no Brasil, no ano de 2013, foram os casos como o da adolescente de 16 anos, Giana Fabi, em que teve fotos íntimas vazadas por um amigo, que capturou as imagens após pedir que ela mostrasse os seios no aplicativo “Skype”. Depois de ter conhecimento sobre a repercussão das imagens, Giana postou em uma rede social que “não se tornaria estorvo de ninguém” e assim acabou tirando a própria vida⁵.

Outro caso ocorreu no litoral do Piauí, quando uma jovem de 17 anos, Júlia Rebeca, teve um vídeo íntimo vazado no aplicativo *WhatsApp* onde se relaciona com um rapaz e outra adolescente. Após o compartilhamento do vídeo e a repercussão que também foi tomada pelo país inteiro, a jovem entrou em uma profunda depressão e se suicidou depois de publicar frases como despedida em uma rede social.⁶

Partindo para um viés midiático, quando são publicadas notícias de violências de gênero,

5 Disponível em: <https://www.jcnet.com.br/noticias/nacional/2013/11/394360-adolescente-e-encontrada-morta-apos-ter-sua-foto-seminua-publicada-na-internet.html>. Acesso em 08 de Junho de 2020.

6 Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/familia-de-julia-rebeca-diz-que-so-soube-de-video-apos-morte-da-jovem.html>. Acesso em 08 de Junho de 2020.

pode ser notado que a maioria dos títulos sensacionalistas, não colocam o agressor como foco e principal motivo do fato. A mulher, no entanto, é a protagonista do texto e ganha destaque muito maior que o causador das ofensas. Dessa forma, é notável que a desmoralização da vítima começa a partir do título em que são propagadas notícias, colocando a responsabilização no comportamento da mulher, locais que frequenta e companhias são tomados como a verdadeira causa da violência sofrida.

Considerado um dos casos pioneiros de pornografia de vingança, em 2005, Rose Leonel terminou um relacionamento de quatro anos com Eduardo Gonçalves Dias, que ao fim do relacionamento afirmou que acabaria com a vida da jornalista e apresentadora de um programa de televisão na cidade Maringá – Paraná. No ano seguinte em 2006, Eduardo enviou e-mails contendo imagens íntimas de Rose para mais de quinze mil destinatários. A jornalista recebeu milhares de ligações de assédio, humilhação e ameaças, ela foi demitida e era ridicularizada toda vez que saía de casa.

Após anos em uma profunda depressão, Rose reconheceu que não era causadora de todos os danos que enfrentou e decidiu criar uma rede de apoio na internet para mulheres que são vítimas de pornografia de vingança, intitulada como a ONG “Marias da internet”, que disponibiliza profissionais para apresentar medidas e apoios para as vítimas de crimes cometidos contra a dignidade sexual e humana das pessoas.⁷

O instituto do consentimento do ofendido está extremamente relacionado à ideia de disponibilidade de bens jurídicos. Isso se dá porque o consentimento nada mais é do que a permissão pela vítima para que outra pessoa pratique uma ingerência sobre bens jurídicos de sua titularidade (CORDEIRO, 2011, p. 60).

Assim, os bens jurídicos possuem essencial relevância na delimitação do âmbito de proibição da norma, de forma que o direito penal tradicionalmente limita a renúncia à tutela de um direito, somente admitindo-a quando se estiver diante dos chamados bens jurídicos disponíveis (MINAHIM, 2015, p. 59).

A respeito do tema, Prado (2015, p. 97) defende o surgimento de uma nova categoria de bens jurídicos, que ultrapassam a esfera individual. De acordo com o autor, o processo de progressão do Estado liberal para o Estado social, trouxe para o direito penal a necessidade de realizar a proteção de novos direitos e bens que se projetam agora em grupos da sociedade.

3.2 A interpretação progressiva de um crime virtual como estupro

⁷ Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/o-que-difere-pornografia-de-vinganca-dos-outros-crimes-e-continuidade.html>. Acesso em 16 de Julho de 2020.

Como muitos temas surgem em nossa atualidade e a tendência é que seja dessa maneira e cada vez de uma forma mais acelerada, surgiram novas modalidades de crimes. É difícil que os textos de lei disponíveis em nosso ordenamento sejam suficientes para atender todos os novos meios que um crime possa ser cometido.

A tecnologia e sua velocidade de propagação de informações não esperam que todos os outros sistemas sejam atualizados de acordo com sua evolução. Os crimes virtuais ensejam novas perspectivas para o combate.

Sobre o tema afirma Mendes (2020, p.173):

Analisar o sistema de justiça criminal como vulnerador na perspectiva de gênero permite compreender a necessidade da emergência de novas perspectivas epistêmicas que, em diferentes vieses, orientam as ações no momento que o poder se concretiza por meio do processo penal. Historicamente, a ideologia em relação à mulher sempre foi a de custodiá-la, ou seja, de reprimi-la, vigiá-la e encarcerá-la – no público e no privado –, mediante mecanismos de exercício de poder do Estado, da sociedade e da família.

Por esse motivo, como seria um transtorno criar novas leis para cada tipo de conduta ilícita desenvolvida, é necessário que seja realizada uma adequação legal e que por meio de interpretações, seja possível tipificar os novos atos á crimes já existentes.

Nesse mesmo direcionamento, com os casos frequentes de pornografia de vingança, surgiu o que ficou conhecido como estupro virtual, que a partir de atos de constrangimento sexual no âmbito virtual, os delitos foram considerados como estupro em um caso específico.

O primeiro caso considerado estupro virtual no Brasil⁸, aconteceu em agosto de 2017, no Estado do Piauí. Após a vítima de 32 anos, ter se relacionado com o agente, a mesma quis colocar um fim na breve relação entre os dois. Não aceitando o término, o acusado produziu imagens da vítima enquanto dormia, imagens estas que foram usadas para praticar o crime cometido. Com os abusos e ameaças sofridas, a mulher decidiu procurar a Delegacia e constatar o que sofreu.

De acordo com o delegado responsável pela investigação, Daniel Pires Ferreira, o crime se caracteriza como **estupro** mesmo sem a penetração, já que houve violência sexual via internet, com chantagens e ameaças, além de constrangida para que houvesse ato libidinoso. Durante a investigação, foram encontradas 50 mil fotos íntimas de mulheres no computador do acusado. (NAVALON, 2017)

Esse caso é um exemplo na condenação por estupro e deixa claro o que é o crime. Dessa forma, sendo a primeira decisão do país, o Juiz do Estado do Piauí, determinou a prisão do acusado pelo crime de estupro virtual, gerando questionamentos sobre o tema, já que se trata de uma situação inédita.

A fim de identificar o acusado, o juiz Luiz de Moura determinou ao Facebook que fornecesse as informações acerca do usuário do computador utilizado para a prática do crime. A empresa prontamente atendeu a ordem emanada da Justiça e, após identificado o

8 Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/delegado-explica-estupro-virtual-que-rendeu-primeira-prisao-do-pais-no-piaui.ghtml>. Acesso em 08 de Julho de 2020.

acusado, foi determinada sua prisão. Embora no caso não ocorresse contato físico entre a vítima e o agente, esta foi constrangida a praticar o ato libidinoso em si mesma. (NAVALON, 2017)

A conduta praticada pelo agente é conhecida pela doutrina moderna como *sextorsão*, que se trata da prática de constranger alguém através da extorsão para conseguir pornografia ou alguma coisa relacionada com sexo, utilizando ameaças como a possibilidade de exposição de imagens íntimas ou informações pessoais.

O medo provocado na vítima em sofrer a exposição e a chantagem psicológica sofrida, faz com que muitas vezes as vítimas, que em maioria esmagadora são mulheres, pratiquem os atos exigidos, para ter em troca o sigilo da sua intimidade, que não deve ser invadida. Inicia-se assim, um ciclo de práticas sexuais indesejadas, que são realizadas por meio do medo e frustração, causando o cansaço psicológico e físico, que deixa de ser denunciado pela vítima que se cala e sem escolha se submete a essa situação.

O tema é decorrente do que é conhecido como “sextorsão”, do inglês “sextorsion”, prática frequente em outros países e que se tornou muito comum no Brasil com a expansão da internet e o surgimento de novos aplicativos, como o “Whats App”, que contribui com o acesso rápido e fácil, divulgando informações verdadeiras ou não, em segundos.

No caso descrito há a influência direta do agente sobre a vítima, mesmo não sendo um contato pessoal, tendo sido realizada a conduta libidinosa da vítima em si mesma, em decorrência das ameaças sofridas, portanto há intervenção do sujeito ativo diretamente em relação à vítima.

É importante ressaltar que a análise estrita da lei nunca será suficiente para amparar os fatos ocorridos, sendo necessária uma interpretação extensiva e progressiva, e uma abrangência para que seja possível julgar as novas situações que são geradas frequentemente em nosso cotidiano, partindo é claro de um viés humanista, que esteja disposto para solucionar o aumento desses atos que ferem a dignidade da pessoa humana, sendo a mulher a principal vítima.

CONCLUSÃO

Tendo em vista as discussões vitimo-dogmáticas que desnudam o crime de pornografia de vingança, cumpre ponderar acerca da ineficiência do sistema de justiça em tutelar à intimidade e dignidade das vítimas.

A falta de controle e impunidade perante aos atos realizados virtualmente atingem a população brasileira todos os dias com crimes de cunho financeiro e principalmente contra imagem e honra.

Nota-se os impactos benéficos com a criação dos poucos regulamentos, mesmo possuindo pouca aplicabilidade é considerado um enorme avanço, oferecendo maior segurança ao ter uma base a ser recorrida.

A problemática apresentada denota que o esforço jurisprudencial em estabelecer um tutela, por meio da tipificação do crime de estupro virtual, frente aos delitos cibernéticos que atendem contra a dignidade sexual.

Buscando mecanismos aptos a tutelar as vítimas, utilizou-se dos estudos de Soraia Mendes no que tange a crítica em relação à conjuntura do sistema de justiça, a medida que reproduz sistemas de subordinação da figura feminina, e nesse cenário, ainda são inconsistentes na efetiva proteção dos direitos fundamentais das mulheres.

Isto ponto, cumpre destacar que o conjunto de ações que consolida o delito de pornografia de vingança, se amoldam nos elementos definidores da violência de gênero, de modo que permite a aplicação da Lei nº 11.340/2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha.

A violência contra mulher deve ser combatida em todos os âmbitos, visando em primeiro lugar à recomposição da vítima na sociedade e a aplicabilidade de medidas puníveis ao agressor. Frente ao conjunto de ações de *revenge porn* e os atuais mecanismo de investigação e combate por meio da Lei Maria da Penha, uma vez que o compartilhamento de conteúdos de cunho íntimo, que revele atos de natureza sexual, resta por causar grave humilhação pública, apta a anular o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, garantidos pela Constituição Federal.

Em atenção à lesividade da conduta e sua alta reprovabilidade social, pela ampla exposição indevida de conteúdo de cunho sexual, resta imperativo e urgente estabelecer uma nova abordagem criminal, para combater a violência de gênero em ambiente virtual e tutelar de forma efetiva a dignidade da mulher e sua autonomia sexual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos, p. 102. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 16 de mai de 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Editora Nova Fronteira.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero – Feminismo e subversão da identidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Disponível em: <https://cadernoselivros.files.wordpress.com/2017/04/butler-problemasdegenero-ocr.pdf> Acesso em 10 de Mai de 2020.

BUZZI, Ana Carolina de Macedo. **Feminicídio e o Projeto de Lei n. 292/2013 do Senado Federal**. 2015. 101 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas. Disponível em: https://www.academia.edu/19105593/TCC_Feminicidio_Ana_Buzzi_Repositorio. Acesso em: 13 de Jun de 2020.

CARDOSO, Isabela Cristina Barros; VIEIRA, Viviane. **O discurso de títulos de notícias sobre violência sexual: a mídia on-line e a culpabilização da vítima de estupro**. EID&A – Revista Eletrônica de estudos Integrados em Discurso e Argumentação. Disponível em: http://uesc.br/revistas/eidea/revistas/revista7/eid&a_n7_05_iv.pdf. Acesso em 15 de Jun de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **DESAFIO é tornar lei conhecida, diz blogueira que inspirou legislação sobre misoginia na internet**. 13 de jun. de 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/558953-DESAFIO-E-TORNAR-LEI-CONHECIDA,-DIZ-BLOGUEIRA-QUE-INSPIROU-LEGISLACAO-SOBRE-MISOGINIA-NA-INTERNET.html/>. Acesso em: 05 de Maio de 2020..

CARVALHO, Marcela Melo de. **Suicídio e pornografia de vingança**. Acesso em: 11 de Outubro de 2019 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58248/suicidio-e-pornografia-de-vinganca>. Acesso em: 11 de Jun de 2020.

CIVIL RIGHTS INITIATIVE, INC. **End Revenge Porn**. Disponível em: <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf>. Acesso em: 17 de Jun de 2020.

FRANKLIN, Zak. **Justice for revenge porn victims: Legal theories to overcome claims of civil immunity by operators of revenge porn websites**. 2014. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Justice-for-Revenge-Porn-Victims%3A-Legal-Theories-to-Franklin/c8694f23923001942e7d9b63a2982c13cd4edb26>. Acesso em: 05 JUL. 2020.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália.; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. **O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil**. InternetLab: São Paulo, 2016.

G1 PI. **DELEGADO explica estupro virtual que rendeu primeira prisão do país no Piauí**. 08 de ago. de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/delegado-explica-estupro-virtual-que-rendeu-primeira-prisao-do-pais-no-piaui.ghtml>. Acesso em: 16 de Abril de 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei “Carolina Dieckmann” e sua (in)eficácia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, nº 3.536, Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23897>. Acesso em: 30 de Abril 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016.

LAQUEUR, Thomas. **Making Sex**. Cambridge: Harvard University Press. Disponível

em:https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/362156/mod_resource/content/1/Thomas%20Laqueur%20-%20Making%20Sex.%20Body%20and%20Gender%20from%20the%20Greeks%20to%20Freud.pdf. Acesso em 05 de mai de 2020.

LEAL, José Carlos. **A Maldição da Mulher: de Eva aos dias de hoje**. Disponível em: <https://www.orelhadelivro.com.br/livros/108521/a-maldicao-da-mulher-de-eva-aos-dias-de-hoje/>. Acesso em 11 de jun de 2020.

LIMA, Helder. ESCREVA, LOLA. **Impunidade de crimes cibernéticos alimenta ódio e ataques ao feminismo**. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/12/impunidade-de-crimes-ciberneticos-alimenta-odio-e-ataques-ao-feminismo-4137.html/>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

LOUREIRO, Gabriela. **Pornografia e Feminismo**. 2014. Disponível em: <https://www.thinkolga.com/2014/08/25/a-pornografia-e-o-feminismo/>. Acesso em: 14 de jun de 2020.

MARTINS, José Renato. "Sextorsão" e "estupro virtual": os perigos de uma decisão judicial equivocada. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263670,81042-Sextorsao+e+estupro+virtual+os+perigos+de+uma+decisao+judicial>. Acesso em: 25 de Abril 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. *Processo penal feminista*. 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

MORGAN, R. (1980). **Theory and Practice: Pornography and Rape**. En: P. Lederer, *Take Back the Night: Women on Pornography*. New York: Morrow. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF00288509>. Acesso em: Acesso em: 30 de jun de 2020.

NAERNARD, Larissa. **Pornografia, Patriarcado e Capitalismo**. 2017. Disponível em: <http://elcoyote.org/pornografia-patriarcado-e-capitalismo/>. Acesso em: 13 de Outubro de 2019. Acesso em: 14 de mai de 2020.

NAVALON, Gabriela. **Caso no Piauí é um exemplo na condenação por estupro e deixa claro o que é o crime**. Disponível em: <https://www.vix.com/pt/poder/548973/caso-no-piaui-e-um-exemplo-na-condenacao-por-estupro-e-deixa-claro-o-que-e-o-crime>. Acesso em: 15 de Abril 2020.

NETO, Solon Pessoa Godinho, REIS Marla Elizabeth Almeida. **MULHERES VÍTIMAS DE PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL: UM ESTUDO SOBRE MORALIDADE E VIOLÊNCIA**. Disponível em: https://www.ram2019.sinteseeventos.com.br/trabalho/view?ID_TRABALHO=1732 Acesso em: 18 de jun de 2020.

OLIVEIRA, Deivid Lopes de. **A conduta da vítima e o Tratamento Jurídico Penal do *Revenge Porn* no Brasil**. Salvador, 2018.

OLIVEIRA, A. F. de; PAULINO, L. A. **A vítima da pornografia de vingança no âmbito penal: amparo judicial frente a ausência de tipo penal incriminador**. II Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, Maceió, 2016. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/articlue/view/32>>. Acesso em: 04 jul. 2020.

POSOTTO, Advogados Associados – **O que é estupro virtual?. Disponível em:**
<https://posocco.jusbrasil.com.br/noticias/497174996/o-que-e-estupro-virtual>. Acesso em: 20 de Abril 2020.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. Disponível em:
https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/obras-digitalizadas/questoes_de_genero/safiotti_heleieth_-_genero_patriarcado_e_violencia_1.pdf. Acesso em: 02 de mai de 2020.

SPAGNOL, Débora C. **Intimidade na internet – “Revenge Porn” – Nova forma de violência contra a mulher** Disponível em:
<https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/232292769/intimidade-na-internet-revenge-porn-nova-forma-de-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 25 de jun de 2020.

WOLF, Naomi. **O mito da beleza, como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres**. Disponível em: http://bibliopreta.com.br/wp-content/uploads/2018/01/O-mito-da-beleza_-como-as-imagens-de-beleza-s%C3%A3o-usadas-contra-as-mulheres-1.pdf. Acesso em: 21 de jun de 2020.

O SUPLÍCIO DA ALMA: O GARANTISMO PENAL CONTRA A SUPRESSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Flávio Henrique da Silva ALESBÃO¹

RESUMO

O presente trabalho pretende fazer uma reflexão das teorias de Direito Penal Máximo, sob a luz do Garantismo Penal introduzindo a sua importância para a preservação do Estado Constitucional de Direito e na proteção de direitos fundamentais. Para isso, utilizarei como base exemplificativa de Sistema Penal repressivo, o modelo penal vigente na França que precede a Revolução Francesa, e presente na obra “Vigiar e Punir” de Michel Foucault, marcada pela figura dos Suplícios e da ausência de garantias no processo penal e no sistema jurídico em geral. Será utilizado o método dedutivo para estabelecer a necessidade de um Sistema Penal que ofereça proteções aos direitos fundamentais individuais e coletivos dos agentes, ante o largo exemplo de modelos penais repressivos na história.

PALAVRAS-CHAVE: Michel Foucault; Vigiar e Punir; Garantismo Penal.

ABSTRACT

The present work intends to reflect on the theories of Maximum Criminal Law, under the light of Penal Guarantee, introducing its importance for the preservation of the Constitutional State of Law and the protection of fundamental rights. For that, I will use as an example base of repressive Penal System, the penal model in force in France that precedes the French Revolution, and present in Michel Foucault's “Discipline and Punish”, marked by the figure of the Suplices and the absence of guarantees in the criminal process and the legal system in general. The deductive method will be used to establish the need for a Penal System that offers protections to the fundamental individual and collective rights of agents, in view of the long example of repressive criminal models in history.

KEYWORDS: Michel Foucault; Discipline and Punish; Penal Guarantee.

1. INTRODUÇÃO

Paul-Michel Foucault foi um dos pensadores de maior relevância do século XX, professor titular de 1971 a 1984, da cadeira de “História dos sistemas de pensamento”, no *Collège de France*. Realizou uma vasta produção literária voltada à diversas áreas das ciências humanas, como a sociologia, psicologia, filosofia e direito, impactando diretamente no pensamento crítico moderno.

Além de sua produção teórica, praticou um assíduo ativismo em diversos movimentos sociais do século passado, dentre eles, o movimento antimanicomial, pela reforma no sistema penitenciário; a luta contra os abusos e violações dos direitos humanos; contra o racismo e pelas causas do movimento gay. Produzindo artigos e livros abrangendo todos esses temas.

Ademais, dentre suas obras, um dos seus livros de maior expressão e impacto no pensamento crítico, “Vigiar e Punir”, foi publicado originalmente em 1975, possuindo 4 partes: Suplício, Punição, Disciplina e Prisão.

¹ Aluno de graduação do 3º ano de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Estagiário do Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: flavio.alesbao@gmail.com

Inicialmente, nos é apresentado a evolução histórica dos sistemas punitivos ocidentais, com a introdução de um sistema essencialmente composto por sanções físicas extremamente violentas, na figura dos suplícios e da pena de morte. Posteriormente, surgiram os métodos punitivos contemporâneos, consistentes na nova economia do poder, utilizando de meios disciplinares de dominação oriundos das escolas, manicômios, quartéis e demais estruturas de poder, para criação de “corpos dóceis”, transpondo o objeto de punição do corpo para a alma.

Outrossim, o processo penal, naquele momento era predominantemente inquisitorial, representando o oposto do que temos atualmente nos Estados Democráticos de Direito regidos por uma Constituição. Segundo a ordenação de 1670, havia a total disparidade entre os poderes concedidos ao magistrado, em reflexo, a supressão (ou anulação) de garantias fundamentais para defesa do acusado.

De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. (FOUCAULT, 2019 p. 38).

A principal característica do sistema inquisitivo é a concentração de funções na mão do magistrado “As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, [...]podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão.” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 112).

Sendo assim, era conferido grande valor probatório à confissão, tornando-se comum a prática da tortura para a sua obtenção, necessitando somente de algumas poucas evidências suplementares para que se confirme o delito. Este método também será futuramente repudiado pelos reformadores.

Além disso, segundo FOUCAULT (2019) o processo seguia uma espécie de princípio de gradação contínua, podendo ser valorado os graus de culpa e conseqüentemente, implicando em um grau de punição, após certo grau de presunção era possível iniciar as práticas punitivas antes da própria condenação.

Na primeira passagem de Vigiar e Punir é feita a descrição da execução de Robert Damiens, condenado pela tentativa de assassinato do Rei Luís XV. Apresentando a concepção de suplício, consistente em pena corporal utilizando dos mais diversos métodos para infringir dor ao sentenciado.

O livro começa expondo duas formas de punição, uma relativa ao final do século XVIII, e a outra relativa ao início do século XIX.

A primeira é o suplício público com o atezamento, banho de chumbo derretido, óleo fervente, piche, enxofre e cera derretidos, e o posterior desmembramento de Robert Damiens pela tentativa de assassinato de Luiz XV, em França (GAULIA, 2013, p. 2).

Esta execução não consiste em um simples ato de barbárie irracional, mas sim, uma técnica quantitativa de imposição de sofrimento, “Inexplicável, talvez, mas certamente não irregular nem selvagem. O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei.” (FOUCAULT, 2019. p. 36). Interessante pontuar que este modelo também obedece a critérios e funções.

Uma pena. Para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, compara e hierarquizar; [...]Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa o corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infante aquele que é sua vítima; [...]E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. (FOUCAULT, 2019. p. 36).

O corpo supliciado, em todo seu esplendor, funcionava como um atestado de repressão estatal, ao mesmo tempo punia fisicamente o agente, marcando eternamente para que todos pudessem saber que já atentou violar as leis do soberano e também o expunha como um troféu da força brutal institucionalizada.

A célebre frase atribuída a Luís XIV, “O Estado sou eu”, representa a função do Suplício naquele momento “O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para constituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo seu brilho.” (FOUCAULT, 2019, p. 50). A centralização de poder, externada pelo martírio corporal, representa a desproporção entre o poder do soberano e dos demais, assim, as violações da ordem legal representam uma afronta a própria pessoa do príncipe.

Apresentado um breve prelúdio a alguns institutos do modelo punitivo daquele momento, é possível observar que durante todo o intercurso da persecução penal, o corpo do acusado era alvo da repressão. Ora, no momento instrutório, por meio das torturas para a produção de provas, e se condenado, alvo das atrocidades dos suplícios e, além disso, não havia qualquer garantia de tutela de direitos fundamentais do acusado.

Os movimentos reformistas decorrentes de vários setores da sociedade, principalmente da burguesia insatisfeita com os privilégios da nobreza, inspirados por ideais iluminista, em comunhão com enfraquecimento da monarquia, até então, símbolo do espírito punitivo, capitanearam as revoluções do século XVIII e XIX, principalmente, a Revolução dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, instituindo o Estado Contemporâneo.

Sob a inspiração do Iluminismo, a partir dos séculos XVII e XVIII, notadamente, após a

Revolução Francesa de 1789, iniciou-se o período moderno de administração da justiça, diminuindo as características inquisitoriais dos procedimentos processuais penais adotados, sobretudo na França, onde eclodiram as idéias humanistas apregoadas pelo “Movimento Científico”, principalmente, à vista dos ideais filosóficos e sociais defendidos por Marques de Beccaria (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), Montesquieu (*Esprit de Lois*, 1748), Voltaire (*Prix de la Justice et de L’Humanité*, 1777), Bentham (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1780), Rosseau (*Contrato Social*, 1764), dentre outros, célebres filósofos e cientistas sociais que contribuíram com suas obras inesquecíveis para a humanização do Direito Penal e Processual Penal. (LAGO, 2016. p. 11/12)

O caráter humanitário preservado no direito atual é fruto de uma série de acontecimentos históricos, não é possível estabelecer um momento único, mas sim uma gradativa mudança culminando no que encontramos atualmente. Nesse processo fora instituído os Estados Democráticos de Direito, as ordens constitucionais, além da integração de tratados internacionais de direito às legislações modernas, acrescentando a todo ordenamento jurídico, o basilar da dignidade da pessoa humana com a proteção de direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, como o direito é um reflexo da sociedade e em alguns setores dela, ante os altos índices de violência e, principalmente, impunidade, reivindicaram alterações nos sistemas de enfrentamento à criminalidade. Como consequência, insurgiram teses sobre o recrudescimento das medidas punitivas, movimentos como “Lei e ordem” e “Tolerância zero”, além de teorias repressivas como o direito penal do inimigo ou das “janelas quebradas”, demonstram que as reformas ocorridas em todo processo histórico e consolidadas por meio dos dispositivos e garantias já elencados, aproximando-se do denominado “direito penal máximo”.

2. OS SISTEMAS PENAIIS PELA HISTÓRIA

Historicamente, as punições e soluções aflitivas estiveram presentes em praticamente todo processo da evolução humana, pode-se observar que inicialmente a solução se dava de forma privada, em momento posterior o Estado assumiu a competência de resolução dos conflitos, institucionalizando o poder.

Nas sociedades tribais, pela ausência do Estado capaz de resolver as demandas individuais, imperava a justiça privada, incumbindo às partes a solução dos conflitos. Nestes casos não insurgia a concepção de justiça, mas sim retaliações muitas vezes desproporcionais ao fato praticado.

Com a formação e maior organização civilizatória durante a antiguidade surge uma forma de punição baseada na “reciprocidade” do crime e da pena, a Lei de Talião. Como marco histórico inicial, o Código de Hamurabi é o maior expoente deste sistema punitivo “Deve-se fazer referência ao Código de Hamurabi, nos idos do século XXIII a.C., prevendo-se delitos e penas cruéis, embora admitindo-se a composição[...]. Mesmo assim, prevalecia o talião, encontrando-se lesão por lesão, morte por morte” (NUCCI, 2017, p. 98).

Na Grécia Antiga, principalmente em Atenas, houve um grande avanço no tratamento dos crimes, este se deu por influência de diversos fatores, dentre eles, por se tratar de um Estado que cunhou formalmente os preceitos democráticos, permitindo a participação de todos cidadãos na política, debate público e também nos julgamentos. Latente, fazia-se a distinção entre crimes públicos e privados.

Os atenienses, como os romanos, faziam distinção entre os crimes públicos e os crimes privados. Os primeiros prejudicavam a coletividade, e, por isso, sua repressão não podia ficar à mercê do ofendido; quanto aos segundos, a lesão produzida era de somenos importância para o Estado, e, assim, a repressão dependia da exclusiva iniciativa da parte (TOURINHO, 2010, p. 103).

Entretanto, o chamado “Código Draconiano” funcionou mais como uma medida aristocrática e opressora, prevendo punições extremamente severas, sendo modificado, posteriormente, por Sólon. O talião se encontrava presente na vingança de sangue, a pena de morte e o banimento eram comumente conferidos a quem infringisse as leis ou confrontasse os deuses das Cidades-Estado.

Em suas diversas fases o Direito Romano, a princípio, na monarquia, apresentou grandes avanços na distinção entre crime público e privado. O crime privado ainda era resolvido entre particulares, agindo o Estado somente como supervisor desse exercício, e o público, duramente combatido pela ação dos Magistrados por meio do sistema inquisitivo.

Apesar, durante os últimos anos da república, surgiu o modelo denominado *accusatio*, trazendo traços do sistema acusatório, presentes no sistema misto do Direito contemporâneo. Neste modelo, qualquer um poderia apresentar uma acusação, salvo algumas restrições naturais paradigmáticas daquele momento. “Qualquer cidadão tinha o direito de acusar, exceto os Magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas “que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 105).

Portanto, no período republicano de Roma, era feita a observação de alguns princípios processuais vigentes na ordem atual “observando-se a publicidade e oralidade nos julgamentos, tendo as partes, via de regra, disponibilidade sobre o conteúdo do processo, competindo ao Estado somente o conhecimento e julgamento da ação criminosa, em se tratando de *delicta publica*” (LAGO, 2013).

Durante o Império Romano, apogeu do expansionismo civilizatório e marcado por governos autocráticos, o processo foi assumindo uma forma predominantemente inquisitiva, unificando a figura do acusador e julgador, havendo grande margem para arbitrariedade.

Ao tempo do Império, a *accusatio* foi, a pouco, cedendo lugar a outra forma de procedimento: a *congnitio extra ordinem*. Os poderes dos magistrados, diz Manzini, foram invadindo a esfera das atribuições já reservadas ao acusador privado, a tal extremo que, em determinada época, se reuniam no mesmo órgão do Estado (Magistrado) as funções que

hoje competem ao Ministério Público e ao juiz. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 110)

No decorrer de suas fases, com o objetivo de mitigar a arbitrariedade dos juízes, surgiram espécies de sistemas recursais ou apelativos, nas palavras de Tourinho Filho (2010) como o “*provocatio ad populum*”, que vigorou principalmente durante a república, sendo a faculdade de recorrer ao povo reunido em comício, e já no período imperial o “*appelatio ad principem*”, possibilidade de recorrer ao imperador.

Após a queda do Império Romano do Ocidente e o início da Idade Média, a descentralização do poder concedeu aos senhores feudais a possibilidade de compor uma espécie de sistema jurídico, tendo caráter amplamente consuetudinário. Em consequência, houve a formação de um Estado Teocrático, com total poder do clero em todos âmbitos da sociedade, “a Igreja oferecia uma perspectiva segura para o homem e passou a dominar a religiosidade, excluindo quem discordasse de suas premissas” (RICHTER, 2015, p. 5).

Neste momento, sob influência das tradições germânicas, tomou notoriedade um meio de produção probatória com base nas instituições divinas, as ordálias ou Juízos de Deus. Consistentes na exposição do acusado a uma provação divina de natureza aflitiva, caso ele superasse essa provação sem qualquer dano físico, seria inocentado.

Quanto ao Juízo de Deus, que, segundo Manzini, não era propriamente uma prova, mas uma devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia, sua prática foi demais generalizada. Conforme as pessoas, realizava-se, como Juízo de Deus, o duelo judicial: se o acusado vencesse, seria absolvido, pois era inocente, Havia outros Juízos de Deus, chamados, posteriormente, purgationes vulgares, como o da “água fria” e o da “água fervente” , O primeiro consistia em arremessar o acusado à água: se submergisse, era inocente; se permanecesse à superfície, era culpado, O outro consistia em fazer o réu colocar o braço dentro da água fer quente e, se, ao retirá-lo, não houvesse sofrido nenhuma lesão, era inocente..Pelo Juízo de Deus do “ferro em brasa”, devia o acusado segurar por algum tempo um ferro incandescente; caso não se queimasse, era inocente... (TOURINHO FILHO, 2010, p. 12)

Interessante pontuar que esse modelo de produção de provas estivera presente também nas sociedades primitivas e manteve-se no decorrer da humanidade, remontando as civilizações politeístas. “Apesar de conhecidos os ordálios na Idade Média, trata-se de prática antiga em sociedades politeístas, como exemplifica Amilcare Carletti, em legislações como o Código de Hamurabi e o Código de Manu.” (RICHTER, 2015, p. 8).

Após um processo de “cristianização” a prática das ordálias foi reduzida, mas continuou presente, havendo a tolerância de algumas e o combate de outras, conforme assevera RICHTER (2015), Ivo de Chartres teve importante papel no rompimento com raízes do processo de origem “barbáricas”, além de apresentar inovações na prática processual, como a imposição do ônus da prova ao autor e a utilização dos Juízos de Deus como meio subsidiário de produção probatória.

Durante a Baixa Idade Média, sob o contexto de crise do sistema feudal, houve o

fortalecimento dos Estados Nacionais e a necessidade de um representante que defendesse os interesses do Estado e da população, culminando nas teorias de concentração de poder nas mãos do soberano, instituindo os denominados, Estados Absolutistas, conferindo ao rei o direito divino de governar. Neste interim, foi-se lastreando pela Europa o sistema inquisitivo e em pouco tempo se tornando o sistema dominante. “O sistema inquisitivo, estabelecido pelos canonistas, pouco a pouco dominava as legislações laicas da Europa continental, convertendo-se em verdadeiro instrumento de dominação política” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 109). O Estado assumiu um papel totalmente arbitrário, suprimindo qualquer garantia individual ou coletiva de seus cidadãos.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Concomitante ao processo histórico penal brevemente apresentado no capítulo anterior, ocorreu a afirmação de direitos de caráter fundamental na legitimação dos Estados Constitucionais, desta forma, passando historicamente por “dimensões” ou “gerações”, os direitos fundamentais tiveram o devido reconhecimento em sua positivação nas Constituições.

As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, dentre outros tantos que aqui poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quanto no século XVIII, ou até mesmo anteriormente, se atentarmos para os precedentes já referidos no contexto da evolução histórica anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições. (SARLET, 2012, p. 37).

Conforme disserta Wolfgang Sarlet (2012), os direitos fundamentais, diferente dos direitos humanos, tem uma conceituação mais restrita, constituindo um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e positivados em determinado Estado, sendo espacial e temporalmente delimitados “cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamental do sistema jurídico do Estado do Direito” (SARLET, 2012, 19). O Estado de Direito e a Constituição estão intimamente interligados aos direitos fundamentais, estes, trabalham com a noção da limitação jurídico-positiva do poder estatal por meio de uma Constituição Escrita “[...] direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo[...] não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material” (SARLET, 2012, p. 46)

Além da função delimitadora da atuação estatal, eles assumem uma condição axiológica, validando o arcabouço legal, visto que representam um conteúdo historicamente estabelecido como fundamental para a formação do Estado Constitucional de Direito.

É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para

além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Situando-nos naquilo que pode ser considerado um espaço intermediário entre uma indesejável tirania ou ditadura dos valores e uma, por sua vez, impossível indiferença a eles, importa reconhecer que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui, portanto, noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título. (SARLET, 2012, p. 47).

Apresentado a relevância dos direitos fundamentais para a concretização do Estado Constitucional de Direito, necessário fazer uma breve digressão sobre como eles estão dispostos na Constituição brasileira, por muitos, denominada, constituição cidadã.

Uma, das diversas críticas recorrentes a Constituição, é o seu caráter analítico, referente ao vultoso número de assuntos e disposições abrangidos em seu texto, muitas vezes impossibilitando a celeridade da aprovação de projetos pelo legislativo. Na ceira dos direitos fundamentais também há uma gama de direitos reconhecidos “ também no Título II, (dos Direitos e Garantias Fundamentais), que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional” (SARLET, 2012, p. 52), em todo esse conteúdo normativo é abrangida toda uma amalgama de disposições: Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Nacionalidade, Direitos Políticos, Partidos Políticos, desta forma, pretendeu o constituinte abranger uma pluralidade de direitos constantes em todas “dimensões”, além dos aspectos estruturantes do Estado.

[...] há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente. (SARLET, 2012, p. 49).

Feita esta breve introdução, pretende-se extrair a natureza imprescindível dos direitos fundamentais na manutenção do Estado Constitucional de Direito, consistente no corolário historicamente estabelecido como direitos imprescindíveis para a formação e organização do Estado, limitando a arbitrariedade e conseqüentemente legitimando a Constituição, conforme demonstrado.

4. A INSTRUMENTALIDADE DO GARANTISMO PENAL NA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O processo penal age como instrumento de tutela da ação jurisdicional quando o Direito material falha em sua função preventiva, exclusivamente por ele, pode-se utilizar do poder repressivo legal para aplicação da pena. “No que concerne ao Direito Processual Penal propriamente, mais clara se apresenta tal instrumentalidade, uma vez que não sendo o Direito Penal

de coação direta, e uma vez que o Estado autolimitou o seu jus puniendi, não se concebe aplicação de pena sem processo” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 49).

Portanto, segundo Tourinho Filho (2010), é utilizado dos princípios elevados a dogmas constitucionais, *nulla poena sine iudice* e *nulla poena sine iudicio*, como forma de limitação do jus puniendi estatal, impedindo a aplicação da *sanctio juris* sem o devido processo. Visto isso, é possível estabelecer que o processo penal tem um caráter indiscutivelmente instrumental, sem ele o Direito material não teria eficácia, seria nulo, considerando que não possui aplicabilidade direta.

A strumentalità do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem como conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode submeter-se voluntariamente a pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*). (LOPES JUNIOR, 2001, p. 5).

Entretanto, a instrumentalidade não deve ser entendida como simples caminho para que seja realizada a punição, ela deve assumir funções externas ao âmbito jurídico, desta forma, alcançando objetivos oriundos à relação material processual.

Esse fim não deve ser exclusivamente jurídico, pois a instrumentalidade do sistema processual não está limitada ao mundo jurídico (direito material ou processual). Por esse motivo, o processo deve também atender as finalidades sociais e políticas, configurando assim a finalidade metajurídica da jurisdição e do processo. Com isso, o processo penal deve preocupar-se com a pacificação social, com o bem comum, e possui inclusive um caráter educacional, ou seja, é uma tendência universal, no que se refere aos fins do processo e do exercício da jurisdição, o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas (LOPES JUNIOR, 2001, p. 5).

O sistema penal em sua completude, tanto no cerne do direito material quanto no direito processual, deve agir buscando o bem comum sob a égide da constituição, tutelando direitos e garantias fundamentais, sempre observando a dignidade da pessoa humana.

[...] a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos instrumentalidade garantista (LOPES JUNIOR, 2011, p. 6).

Neste enteio, no contexto dos chamados “anos de chumbo”, período de recrudescimento “temporário” do ordenamento jurídico italiano com objetivo de conter o terrorismo crescente no final da década de 60, é cunhada a teoria do garantismo penal, pelo Professor Luigi Ferrajoli.

Preliminarmente, é necessário pontuar que este egrégio jurista, em seu livro *Direito e Razão*, propõe diretrizes para uma Teoria Geral do Garantismo, não restringindo seus preceitos somente a ceara do Direito Penal. “Estes três significados de “garantismo”, para os quais até agora forneci uma conotação exclusivamente penal, têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral

que merece, pois, ser explicado. Eles delinham, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo.” (FERRAJOLI, 2002, p. 686), destarte, o foco deste trabalho será os aspectos penais do garantismo.

O Garantismo Penal, basicamente, consiste na concepção de um sistema penal regido por uma constituição, em observância a determinados axiomas constitucionais indispensáveis na composição do Estado de Direito.

Denomino *garantista, cognitivo* ou *de legalidade estrita* o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série, trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfazível. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Estes princípios, conforme leciona Ferrajoli (2002), exemplificam o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, estabelecendo regras fundamentais para o exercício do direito penal. Estando diretamente conectados ao jusnaturalismo do século XVII e XVIII, estão presentes em várias constituições atuais e funcionam como uma limitação do poder penal “absoluto”. Ademais, o rol tem caráter não taxativo, consistente em dez axiomas.

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Além disso, sob a ótica de Ferrajoli, o direito penal assume a função de proteção do mais fraco “a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas.” (FERRAJOLI, 2002, p. 270). A efetivação da lei do mais fraco, protegendo tanto o acusado contra vingança quanto o ofendido coagido pelo crime, legitima o estabelecimento de direitos fundamentais “[...]direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.” (FERRAJOLI, 2002, p. 270).

Necessário ressaltar que o garantismo está diretamente ligado ao direito penal mínimo, quanto mais próximo dos modelos de intervenção mínima (*ultima ratio*), observando os princípios já elencados e a atuação do sistema penal bem delimitada, maior será a tutela de direitos fundamentais, nisto, haverá a maior proteção do acusado contra possíveis injustiças.

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo,

corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexos profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a "verdade formal", inclusive nos limites acima expostos (FERRAJOLI, 2002, p.84).

Em contrapartida, o extrato retirado dos Estados que se aproximam do direito penal máximo é caracterizado pela maior proximidade da incerteza da decisão e da arbitrariedade estatal, como demonstrado durante a evolução dos sistemas penais no capítulo 2, eles sofreram várias alterações até findar no que contemplamos atualmente. Durante as fases da história, fora-se alternando entre modelo inquisitorial e acusatório, além do sistema misto, havendo breves garantias fundamentais ou a sua completa inexistência, o que na maioria das vezes, concedia espaço para Estados autoritários.

Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza* e *imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade (FERRAJOLI, 2002, p.83).

Assim sendo, é possível estabelecer, por consequência lógica, a necessidade da implementação do garantismo penal para a efetiva tutela dos Direitos Fundamentais e do Estado Constitucional de Direito. A delimitação da atuação do sistema penal, com princípios constitucionais gradativamente estabelecidos, devendo ser estritamente observados e cumpridos pelo poder Judiciário, com o objetivo de proteger a liberdade dos indivíduos e tutelar as demais garantias fundamentais, individuais e coletivas, são imprescindíveis para formação de um sistema penal democrático.

5. TEORIAS DE DIREITO PENAL MÁXIMO

Como apresentado no capítulo anterior, para Ferrajoli (2002) o Estado se aproxima mais do direito penal máximo, no passo que suprime as garantias fundamentais, maximizando a atuação do direito penal sem meios de controle do poder punitivo devidamente delimitados. Assim, a ausência de tais pressupostos forma a base para Estados autoritários "Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou "totais", quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições" (FERRAJOLI, 2002, p. 83).

Nas últimas décadas do século XX, em reação ao alto nível de criminalidade e o crescente aumento do terrorismo, surgiram teorias de direito penal máximo, como o movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo. Ambas buscam diferentes objetos de combate, entretanto, utilizam dos mesmos meios para atingir seus objetivos, a maximização do direito penal e a mitigação ou exclusão dos direitos fundamentais.

O movimento de Lei e Ordem tem sua maior expressão na vertente implantada nos Estados Unidos no início da década de 90, denominada Tolerância Zero. Essa política criminal, tem como objetivo a supressão da criminalidade por meio da coerção dos pequenos delitos, utilizando como embasamento teórico a “teoria das janelas quebradas”, experimento realizado no final da década de 60, que basicamente destacou a necessidade de reprimir a criminalidade desde os pequenos delitos.

Logo, o experimento criado para afirmar a pobreza como causa do crime, demonstrou, em verdade, ser a ausência do Estado sua principal justificativa, trazendo, em segundo plano, o combate implacável contra qualquer espécie de crime. A teoria das janelas quebradas firmou-se, então, sobre o argumento de que o menor dos crimes quando não coibido, acaba por estimular o maior dos crimes, propiciando a criminalidade. (VALLE; MISAKA; FREITAS, 2018, p. 4)

Portanto, conforme elencado por Rogério Greco (2013), o recém-eleito prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, em conjunto com o chefe de polícia William Bratton, iniciam o plano Tolerância Zero, utilizando o estudo das janelas quebradas como embasamento. Nesse contexto, utilizou-se do Direito Penal para punir a baixa criminalidade e conter a desordem, o que, em tese, significava reprimir as classes mais inferiores da sociedade. “A repressão no programa Tolerância Zero era a máxima. Tirar as pessoas carentes, pobres, negros, imigrantes das ruas de e prendê-las ao invés de dar-lhes condições sociais mais acessíveis para melhorar suas qualidades de vida era a solução do problema.” (ROLIM, 2007, p. 3/4).

Neste modelo penal, o princípio da *ultima ratio* que prevê a utilização do Direito Penal como último meio de solução de conflito, só devendo ser utilizado para proteger os bens jurídicos mais importantes daquela sociedade, é totalmente esquecido. Dando lugar ao *prima ratio*, utilização do direito penal não só como principal meio de solução de conflitos, mas também como forma de repressão.

Assim, resumindo o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam deixem de ser reprimidas. (GRECO, 2002, p. 16).

Sob a óptica garantista, o movimento de tolerância zero carece de vários vícios, o anseio por celeridade na supressão da criminalidade culmina no atropelamento das garantias fundamentais

dos cidadãos por meio do sacrifício do tempo razoável do processo e do exercício do contraditório, além de causar a banalização do Direito Penal e possibilitar o simbolismo penal em grande escala, produzindo simplesmente a sensação de segurança.

Nesse cenário, juízes são pressionados para decidirem “rápido” e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais “acelerados”, esquecendo-se de que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de atropelar os direitos e as garantias do acusado. Em última análise, o processo nasce para demorar (racionalmente, é claro), como garantia contra julgamentos imediatos, precipitados e no calor da emoção. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 55/56).

Outro modelo de Direito Penal Máximo que ganhou muito destaque nas últimas décadas, é o Direito Penal do Inimigo, formulado na década de 80 do século passado pelo jurista Günter Jakobs, em reflexo do aumento considerado do terrorismo nesse período. A teoria consiste na segregação entre o “cidadão” e o “inimigo”, conforme leciona Zaffaroni (2007), ao inimigo não é conferido o caráter de pessoa, estabelecendo a distinção entre cidadão (pessoas) e inimigo (não-pessoas), assim, o que acontece é a privação de direitos individuais aos últimos. Dessa forma, é concedido um tratamento penal diferenciado para cada indivíduo, dependente de sua classificação neste sistema.

Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado. (GRECO, 2002, p. 18).

O Direito Penal do Inimigo é classificado como uma terceira velocidade do Direito Penal, hipótese idealizada por Jesús-Maria Silva Sánchez, “Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias para esse fim (segunda velocidade)” (GRECO, 2002, p. 20).

Entretanto, segundo essa teoria, como poderia o agente ser “individualizado” como inimigo e ter seus direitos suprimidos em benefício da segurança coletiva e do bem comum, Zaffaroni (2007) explica que, “considerando como tal aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos mais elementares à qual é submetido”, assim, se o indivíduo reiteradamente se nega a cumprir a Constituição e todo arcabouço legal, impõe-se que este não deva se beneficiar das garantias e proteções do mesmo dispositivo. É possível estabelecer que a partir do momento que o agente recebe a classificação de inimigo, ele será punido pela sua periculosidade e não pelos fatos, deste modo, claramente, acontece a aproximação de um direito penal do autor.

A propósito, um projeto de direito penal do autor foi implementado na Alemanha em

meados do século XX, que culminou no terceiro Reich.

Tal projeto, considerando como um dos mais terríveis da história do Direito Penal, propunham dentre outras coisas: a) a castração dos homossexuais; b) a prisão por tempo indeterminado dos considerados sociais, ou seja, pessoas que tivessem um comportamento anti-social, a exemplo de vadios, prostitutas, alcoólatras, praticantes de pequenas infrações penais, etc., sem que se houvesse necessidade, inclusive de que tivessem praticado qualquer delito; c) a esterilização, a fim de evitar a propagação daqueles considerados sociais e inúteis para sociedade. (GRECO, 2002, p. 21).

Neste enteio, é nítido a nocividade de segregar, mitigar, suprimir, afastar, etc. por meio de quaisquer critérios que sejam os direitos fundamentais dos indivíduos, sendo um total retrocesso e o retorno ao estado de guerra, ou ao autoritarismo, que muitas vezes nos encontramos pela história. Dessa forma, como ministra Zaffaroni (2007) que a função do Direito Penal no Estado de Direito é a redução e contenção do poder punitivo, de forma racional, quando não concretiza esta função, terá fracassado e lamentavelmente perecerá.

CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa, é possível fazer um contraste entre os modelos penais repressivos, com ausência de direitos e garantias fundamentais e o Estado Democrático de Direito, regido por uma constituição.

Inicialmente, por intermédio do livro *Vigiar e Punir* de Michel Foucault, somos remetidos a um ambiente inóspito, onde prima o interesse do soberano e a concentração das punições no corpo do condenado por meio de suplícios, ao investigado, na maioria das vezes, não era concedido qualquer das garantias presentes nos ordenamentos modernos. Além disso, é imprescindível denotar que os Estados primitivos passaram por uma gradativa mutação histórica, alternando entre diversos sistemas penais, em sua maioria, de natureza autoritária e repressiva, a delimitação do poder punitivo e da arbitrariedade é fruto da instituição de direitos historicamente definidos como fundamentais e positivados nas Constituições.

O Garantismo Penal transpõe os princípios elencados como fundamentais para axiomas, na proteção dos indivíduos contra o poderio estatal fazendo contraponto as teorias de maximização do direito penal, que infelizmente, tem ganhado grande expressão na atualidade, como os movimentos de Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo, pouco a pouco, sendo implementados nos ordenamentos jurídicos.

Assim, conclui-se que é imprescindível a observância e efetivo cumprimento dos direitos fundamentais nos Estados Constitucionais de Direito, visto que sua ausência é sintoma de autoritarismo e arbitrariedade. O Garantismo Penal subsiste como manifestação destes direitos no âmbito Penal, assim, a sua não efetivação é uma ofensa à Constituição e ao Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete**. 42. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- GAULIA, Cristina Tereza. **Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/19082807.pdf>>, acesso em 17 de agosto de 2020.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.
- LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Sistemas Processuais Penal**. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 15 de agosto de 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>>, acesso em 30 agosto de 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. volume 1, 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RICHTER, Mendes Pereira. **A Prova Através dos Juízos de Deus na Idade Média**. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/259>>, acesso em 25 de agosto de 2020.
- ROLIM, Vanderlan Hudson. **Tolerância zero: um sinônimo para a repressão**. Disponível em: <http://www.bibliotecapolicia.com.br/upload/documentos/TOLERANCIA-ZERO-UM-SINONIMO-PARA-A-REPRESSAO-21069_2011_4_16_37_5.pdf>, acesso em 2 de setembro de 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

VALLE, Nathália do; MISAKA, Marcelo Yukio; FREITAS, Renato Alexandre da Silva. **Uma reflexão crítica aos movimentos de Lei e Ordem – Teoria das janelas quebradas**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.3_n.4.09.pdf>, disponível em: 4 de setembro de 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PANDEMIA DAS SOMBRAS: A INFLUÊNCIA DA QUARENTENA NO AUMENTO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Júlia Prado DÁGOLA
Gabriela Siqueira HO

RESUMO

O presente trabalho, teve por objetivo analisar a influência do distanciamento social, como medida de contenção do contágio do COVID-19, no aumento de casos de violência doméstica, por meio de uma análise da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e de sua eficácia na proteção de mulheres no que tange esse período, e ainda, discutir a sobrecarga de trabalho doméstico e funções de cuidado que recaem especialmente sobre as mulheres, levando-as à uma jornada dupla/tripla de trabalho, relacionando, além disso, esta sobrecarga com o contexto de convivência forçada da família, que aumenta cada vez mais os riscos de violência doméstica. A aplicação de institutos como, a Lei n. 11.340/2006 e mecanismos preventivos e protetivos à mulher nesse período de pandemia, ainda não são eficazes. Com o intuito de adaptação do sistema eletrônico de denúncias, ressalta-se no presente trabalho o lançamento do site "Carta para Mulheres", e a divulgação da campanha do Sinal Vermelho. Todavia, apesar destas medidas, os dados demonstram que os casos de violência doméstica continuam subindo, sendo necessária a elaboração de medidas públicas inovadoras. Utilizou-se o método dedutivo, partindo de premissas maiores, sendo assim, o aumento dos casos de violência doméstica durante a pandemia, para a especificidade da relação da sobrecarga da dupla/tripla jornada de trabalho com a violência e os métodos que o Brasil está adotando contra essa realidade. Por intermédio de pesquisa bibliográfica em artigos científicos e obras feministas, em análise de dados estatísticos e de consulta à legislação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia COVID-19. Isolamento Social. Violência de Gênero. Trabalho não-remunerado.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze the social distance influence, as a way of COVID-19 contagion contention, in the increase of domestic violence cases, through an analysis of the law 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) and its effectiveness in protecting women during this period, and yet, discuss the housework and care functions overload that fall especially on women, taking them on the double/triple working journey, relating, otherwise, this overload with the context of emergency and forced family coexistence, which increase more and more the risk of domestic violence. The implementation of these institutes such as, the law 11.340/2006 and preventive and protective mechanisms for women in this pandemic period, are not yet effective. In order to adapt to the electronic reporting system, it is worth mentioning in the study the launching of the website "Carta para Mulheres", and the campaign dissemination "Sinal Vermelho". However, despite these measures, the data shows that cases of domestic violence continue to rise, the development of innovative public measures is necessary. The deductive method was used, starting from larger premises, such as the increase in domestic violence cases in the COVID-19 current situation, for the specificity of the relationship between the overload of double/triple working hours with violence and the methods which Brazil is adopting against this reality. Through bibliographic research in scientific articles and feminist works, under statistical data analysis and consulting Brazilian law.

KEYWORDS: Pandemic COVID-19. Social Isolation. Gender Violence. Unpaid Work.

1. INTRODUÇÃO

Em março de 2020 o vírus COVID-19, com seu alto poder de mutação e com período de incubação elevado, ultrapassou as fronteiras da China e passou a ser considerada uma pandemia global. Diante desse cenário, a Organização Mundial da Saúde (OMS) criou diretrizes que deveriam ser seguidas pelos países para evitar o contágio, sendo uma delas o distanciamento social como medida eficaz para o achatamento da curva de contaminação. Neste contexto de restrições em uma sociedade em que a desigualdade é extrema como a brasileira, a violação dos direitos fundamentais das mulheres têm ocorrido de forma severa, cabendo assim ao ordenamento jurídico atender às exigências deste grupo vulnerável e implementar medidas de proteção específicas e efetivas.

Assim sendo, as medidas de isolamento social acabaram contribuindo para a intensificação da violência doméstica e familiar, ou seja, a convivência forçada da vítima com o agressor, acaba deixando a mulher em constante situação de ameaça transformando o lar em um local que não mais representa segurança. Dessa maneira, verifica-se que a violência doméstica evidencia que as medidas de isolamento social acabam em muitos casos resultando em meios de propagação do sofrimento de muitas mulheres.

A ONU Mulheres em seu documento: “Prevenção da violência contra mulheres diante da COVID-19 na América Latina e no Caribe”, afirma que, enquanto enfrentamos impactos devastadores da pandemia da COVID-19, é necessário enfrentar outro desafio, que não pode ficar oculto, o da violência contra mulheres e meninas. Essa violação de direitos humanos afeta, em média, uma em cada três mulheres ao longo da vida, e dados comprovam, que em 2019, resultou em ao menos 3.800 vítimas de feminicídio.

Nesse sentido, a Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, vem como instrumento para assegurar às mulheres a preservação de sua saúde física e mental, além das condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, entre outros. Dessa maneira, verifica-se que devem ser desenvolvidas políticas para garantia dos direitos humanos das mulheres, no âmbito das relações domésticas e familiares, para que sejam resguardadas, no entanto, mesmo com os avanços legislativos, entre eles a Lei supracitada, dados mostram que os números de violência contra mulher no Brasil crescem cada vez mais.

Isto posto, discorre-se no presente trabalho a relação do aumento dos casos de violência doméstica com, além da medida de distanciamento social, a dupla ou tripla jornada de trabalho enfrentada pelas mulheres, que continuam sendo responsáveis pelo trabalho não-remunerado, devido à saturação dos sistemas de saúde e ao fechamento das escolas, ficando evidente a sobrecarga de tarefas de cuidado, influenciando na tensão e a forçada convivência da família, que aumentam cada vez mais os riscos de violência contra mulheres e meninas.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizou-se o método dedutivo, a partir de uma abordagem geral do aumento dos casos de violência doméstica durante a pandemia, para análise, mais específica, da dupla/tripla jornada de trabalho das mulheres e sua influência nos casos de violência, conjugando com a análise das medidas tomadas em panorama nacional no quesito de prevenção da integridade física e mental das mulheres e de proteção às mulheres em situação de violência doméstica.

Com revisão bibliográfica de autoras como Cinzia Arruza, no que tange a violência de gênero e como a crise no sistema capitalista influencia no aumento da violência contra mulher, e Simone Beauvoir, relacionando a realidade à época da revolução francesa com a atual, no que se refere a manutenção da desigualdade de gênero e a não efetivação dos direitos das mulheres. Tendo também, o presente trabalho, como base, artigos científicos de mulheres integrantes do movimento feminista, e ainda, consulta a dados estatísticos, notas técnicas da ONU Mulheres e a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), para a construção analítica do tema abordado.

2. “LAR É ONDE A VIOLÊNCIA ESTÁ”: O AUMENTO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA

A violência doméstica, conforme conceitua o art. 5º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), é: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Sendo assim, a violência doméstica pode assumir diversas formas, incluindo abusos físicos, verbais, emocionais, econômicos, religiosos, reprodutivos e sexuais.

Com a banalização da agressão ocorrida trivialmente e sendo a mulher, de toda classe e todo grupo étnico-racial, a principal vítima desta, estimam que, em termos globais, mais de uma a cada três mulheres já vivenciou alguma forma de violência de gênero ao longo da vida. Sendo que, muitos dos perpetradores são parceiros íntimos, responsáveis por 38% dos assassinatos de mulheres. (ARRUZA, 2019)

De uma maneira geral, a violência de gênero age como uma tentativa de controle sob a liberdade desenvolvida pela sociedade moderna, seja sob o aspecto da liberdade sexual, patrimonial ou até mesmo pela fluidez de gênero. Isso porque toda a hierarquia de gênero criada durante séculos estremece, causando aos agressores a sensação de que estão perdendo o controle da situação, ameaçando a estrutura patriarcal.

Nesse sentido, Cinzia Arruza, no manifesto sobre o Feminismo para os 99%, no capítulo denominado “Tese 6: A violência de gênero assume muitas formas, sempre enredadas nas relações sociais capitalistas. Prometemos combater todas elas”, trata sobre a dinâmica da violência de gênero

nas sociedades capitalistas, dispondo que:

No entanto, [a violência de gênero] torna-se particularmente virulento e difuso em épocas de crise. Nesses momentos, quando a ansiedade em relação à própria condição, à precariedade econômica e à incerteza política surge, também a ordem de gênero parece estremeecer. Alguns homens sentem que as mulheres estão “fora de controle” e a sociedade moderna, com suas novas liberdades sexuais e fluidez de gênero, está “fora do eixo”. Suas esposas ou namoradas são “arrogantes”, suas casas, “bagunçadas”, e suas crianças, “selvagens”. Seus chefes são implacáveis, seus colegas de trabalho são injustamente favorecidos e seus empregos estão em risco. Sua destreza sexual e seus poderes de sedução estão em questão. Percebendo sua masculinidade ameaçada, eles explodem. (ARRUZA, 2019, p. 47)

Em congruência, conforme argumentado por Arruza, em épocas de crise do capitalismo, com o aumento da tensão ocasionada pela incerteza e pela precariedade econômica, o ímpeto de brutalidade dos homens parece aumentar exponencialmente. E, por vezes, o estresse provocado por tais situações acaba sendo usado como justificativa pelos atos violentos, colocando a mulher agredida na posição de causadora da própria agressão sofrida.

O aumento da violência doméstica durante a pandemia da Covid-19 foi alertado pela OMS (Organização Mundial da Saúde) e, à vista disso, de acordo com o Ministério da Família e da Igualdade de Oportunidades, houve um aumento de 161,71% nas denúncias telefônicas entre os dias 1º e 18 de abril na Itália, que iniciou o isolamento mais cedo do que o Brasil. O mesmo ocorre na Argentina, com um aumento de 39% de denúncias no canal “Linha 144” na segunda quinzena de março. (PONTE, 2020)

Por sua vez, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos registrou no Brasil um aumento de 34% entre março e abril deste ano em relação a 2019 nas denúncias feitas ao canal “Ligue 180”. Totalizando um crescimento de 36% entre os dois anos, comparando apenas o mês de abril. (PONTE, 2020)

Apesar de o registro conter um relativo crescimento, não demonstra a real parcela de casos, visto que a quarentena prejudica também a forma de denúncia ao exigir que as vítimas permaneçam ainda mais tempo na presença dos agressores. Por esse motivo, com a pandemia, outras formas de denúncia estão sendo divulgadas, como por exemplo, a “Campanha do Sinal Vermelho” criada pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

A referida campanha contra a violência doméstica foi lançada em 10 de junho de 2020 propondo uma maneira simples e imediata de denunciar o agressor, alcançando as vítimas mais vulneráveis durante a obscura pandemia, que dificultou o acesso das vítimas às formas de proteção. Com um “X” vermelho desenhado na palma de uma das mãos, ou com qualquer outra referência que faça entender o sinal, as vítimas conseguem comunicar a ameaça à integridade sem chamar a atenção de seu malfeitor.

Ainda que recente, a campanha divulgada pelo CNJ em conjunto à AMB ganhou a parceria

de uma exorbitante multidão de brasileiros, incluindo governos estaduais e municipais, corporações e personalidades da mídia, que se uniram à causa comprometendo-se em popularizar o ato através das redes sociais. A adesão a este método de denúncia foi tanta que a comunicação, antes objetivando apenas atendentes de farmácia, alcançou também demais pessoas, como familiares e amigos durante vídeo chamadas ou reuniões familiares.

Tal iniciativa é de extrema relevância no auxílio contra a violência de gênero, propondo um simples ato, mas de forma inequívoca, que não permite confusão com qualquer outro movimento das mãos. Preservando e protegendo a vida, a integridade física e psíquica da mulher submetida à brutalidade da violência doméstica.

3. JORNADA TRIPLA DAS MULHERES E SUA INFLUÊNCIA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O mundo globalizado, competitivo e com grandes avanços tecnológicos, passou a demandar, a partir do final do século passado, novas formas de organização do processo produtivo e essas mudanças geraram um novo modelo capitalista, mais flexível, e esse cenário abriu espaço para a maior participação da mulher no mercado de trabalho (AMARAL, 2007).

Hoje, a presença de mulheres em cargos e funções cada vez mais diversificados mostra que elas vêm delimitando seu espaço no âmbito público de produção, porém, “as antigas condições de discriminação foram apenas atenuadas, uma vez que a inserção da mulher no mercado, nesse contexto de relevantes mudanças, foi afetada pela precariedade das relações de trabalho” (AMARAL, 2007), dessa maneira, elas se veem desprotegidas e vulneráveis, não só pelo fato de ocuparem posições instáveis, como o trabalho doméstico, mas também em virtude de circunstâncias como o exercício de atividades em tempo parcial, não remuneradas ou realizadas para consumo próprio ou da unidade familiar (AMARAL, 2007).

Conforme documento da ONU Mulheres: “Vulnerabilidades das trabalhadoras domésticas no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil”, o trabalho produtivo, realizado no mercado de trabalho, e o trabalho não remunerado de cuidado, realizado nos lares, são realizados pelas mulheres, que dão-se de “toda uma cadeia de valores morais, obrigações e responsabilidades que decorrem dessa divisão que convencionou-se chamar de divisão do trabalho” (IPEA, 2020), que é fruto de um longo histórico, conforme segue:

Historicamente, os estereótipos de gênero - ou seja, todo um conjunto de ideias pré-concebidas presentes na sociedade sobre qualidades e habilidades consideradas inerentes, “naturais”, a homens e mulheres - definiram expectativas com relação a comportamentos e atitudes deles e delas, além de estabelecerem uma hierarquia entre eles. Comportamentos e atitudes considerados masculinos são comumente mais valorizados do que aqueles considerados femininos. São os estereótipos de gênero que sustentam a divisão sexual do trabalho, que, por mais que tenha se alterado ao longo dos anos, ainda mantém válida a

ideia de que o trabalho não remunerado de cuidado, realizado nos lares, é uma responsabilidade das mulheres, além de conferir a ele um valor menor do que aquele conferido ao trabalho produtivo, realizado no mercado de trabalho (IPEA, 2020).

No entanto, esse modelo supracitado, não responde ao cenário atual de massiva inserção das mulheres no mercado de trabalho. Dessa maneira, estabeleceu-se uma tensão entre as esferas do trabalho produtivo e do trabalho não remunerado doméstico e de cuidados, uma tensão que recai especialmente sobre as mulheres levando-as à conhecida dupla (ou tripla) jornada de trabalho (IPEA, 2020).

A violência doméstica é uma temática deveras relevante, ainda mais com o enfoque da pandemia, visto que, a conjuntura atual tende a exacerbá-la. A perda de empregos decorrente da crise socioeconômica atual tende a afetar especialmente as mulheres, pois em sua maioria, se concentram no setor de serviços, que é o mais afetado pela crise. “Mais de 90% dos trabalhadores domésticos, mais vulneráveis economicamente na crise, são mulheres, e mais de 70% são negros, indicando a maior precariedade do emprego da mulher negra” (BIANQUINI, 2020).

No caso do trabalho doméstico, a contratação é em geral de mulheres negras e pobres, com baixa escolaridade, que assumem o trabalho doméstico de famílias mais abastadas, “possibilitando que os homens sigam se desresponsabilizando por este trabalho e que outras mulheres, em geral brancas e com maiores recursos, possam ‘resolver’ sua sobrecarga de trabalho doméstico” (IPEA, 2020), a terceirização deste trabalho cria, dessa maneira, uma oposição de raça e classe entre as próprias mulheres, e a vulnerabilidade desta categoria tem na falta de proteção social, uma de suas marcas mais fortes e permanentes.

A sobrecarga de trabalho doméstico e de funções de cuidado são fatores que influenciam na possibilidade de baixo desempenho que a maioria das mulheres enfrentam na modalidade remota de trabalho. Dessa maneira, a situação atual de pandemia provavelmente penalizará de forma desproporcional muitas trabalhadoras, que poderão ser mal avaliadas e até mesmo ser demitidas, e “estudos indicam que, em outras crises econômicas, como a ocorrida em 2010 no Brasil, mulheres foram mais demitidas do que homens” (BIANQUINI, 2020).

Dessa maneira, o impacto econômico da pandemia, ou seja, a perda de meios de subsistência e trabalho, afeta gravemente as mulheres no setor informal, e pode gerar barreiras adicionais quanto ao afastamento do agressor ou sua devida denúncia, visto a dependência e/ou extorsão econômica que este emprega sobre a vítima, comprometendo assim possíveis estratégias de saída das situações de violência de gênero, ou seja, “a incerteza sobre a economia em médio e longo prazo estaria, de forma indireta, aumentando o poder de opressão dos agressores (ONU MULHERES, 2020).

Isto posto, visualiza-se uma realidade na qual mulheres tornam-se cada vez mais dependentes financeiramente de seus companheiros, a ONU Mulheres em seu documento: “Gênero e Covid-19 na América Latina e no Caribe: dimensões de gênero na resposta”, afirma que:

A redução da atividade econômica afeta, em primeira instância, trabalhadoras informais que perdem seus meios de sustento de vida quase imediatamente, sem nenhuma rede ou possibilidade de substituir a renda diária em geral. Também afeta particularmente as trabalhadoras domésticas que enfrentam pelo menos dois desafios específicos: por um lado, os desafios decorrentes da maior carga de cuidados devido ao aumento do trabalho não-remunerado nas residências e do cuidado das crianças durante o fechamento das escolas; por outro lado, a possibilidade de perda de renda quando, por motivos de saúde são solicitadas a parar de trabalhar porque consideram um risco de contágio para as famílias com as quais trabalham (ONU MULHERES, 2020)

Dessa maneira, as mulheres continuam sendo as mais afetadas pelo trabalho não-remunerado, principalmente em tempos de crise, devido à saturação dos sistemas de saúde e ao fechamento das escolas, as tarefas de cuidado estão recaindo principalmente sobre elas, e este contexto de emergência e convivência forçada da família, aumentam os riscos de violência contra mulheres e meninas, especialmente a doméstica, com o aumento das tensões em casa e o isolamento das mulheres:

As sobreviventes da violência podem enfrentar obstáculos adicionais para fugir de situações violentas ou acessar ordens de proteção que salvam vidas e/ou serviços essenciais devido a fatores como restrições ao movimento em quarentena. O impacto econômico da pandemia pode criar barreiras adicionais para deixar um parceiro pode criar barreiras adicionais para deixar um parceiro violento, além de mais risco à exploração sexual com fins comerciais (ONU MULHERES, 2020).

Logo, as medidas de prevenção e mitigação da propagação da COVID-19, tais como a quarentena, o isolamento ou distanciamento social, têm agravado a violência contra mulheres e meninas, violência esta que ocorre dentro de casa, pois conforme o documento da ONU Mulheres, “Prevenção da violência contra mulheres diante da COVID-19 na América Latina e no Caribe”:

[...] as mulheres em situação de violência encontram-se fechadas junto com seus agressores, com oportunidades muito limitadas de sair de suas casas ou de buscar ajuda. As medidas preventivas de isolamento ou confinamento poderiam fazer com que os agressores amentem o isolamento das mulheres em situação de violência dentro de casa. [...] Para os agressores, perder o trabalho, a instabilidade econômica e o estresse são fatos que podem gerar uma sensação de perda de poder. Isso pode elevar a frequência e a gravidade da violência doméstica, além de comportamentos nocivos e abusivos que resultam em um possível aumento de abuso sexual on-line ou nas ruas quando saem de casa (ONU MULHERES, 2020).

Sendo assim, os fatores como isolamento, dificuldades financeiras, aumento dos trabalhos não-remunerados, controle da vítima e o maior consumo de álcool - que já eram apontados nacional e internacionalmente como fatores de risco para mulheres - têm aumentado cada vez mais os casos de violência doméstica, visto que todos os fatores de risco, da tabela a seguir, aplicam-se a essa crise mundial sem precedentes:

Isolamento da vítima	“A vítima/sobrevivente fica mais vulnerável se estiver isolada da família, dos/as amigos e das suas redes sociais. O isolamento não é apenas geográfico e aumenta a probabilidade da ocorrência de violência”
Consumo de álcool ou drogas ilícitas	“O consumo de drogas ilícitas, álcool ou medicamentos pode condicionar as consequências sociais dos indivíduos e aumentar o risco de violência na família. Isto inclui drogas que induzem a psicoses temporárias”
Comportamento controlador	“O agressor pode controlar totalmente todas as atividades da vítima/sobrevivente...os homens que consideram que devem ser eles a <i>mandar</i> têm maior predisposição para usar vários tipos de violência contra suas companheiras”
Desemprego	“O desemprego está associado ao aumento de risco de uma agressão letal. A mudança súbita do nível profissional, fim do vínculo laboral ou rebaixamento de cargo podem aumentar o risco” (tradução livre)

Fatores de risco constantes do Manual para profissionais de Portugal: Avaliação e Gestão de Risco, de 2013.

TABELA 1

Fatores de risco de violência aplicáveis a situação de pandemia COVID-19

Fonte: MPSP (2020). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/violencia-domestica-mp-sp.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2020.

Dessa maneira, a manutenção das questões relativas às representações de gênero acabam por colocar as mulheres como as maiores responsáveis pelas obrigações domésticas, principalmente em termos de cuidados com a família, mas quem cuida das cuidadoras? Verifica-se que com a quarentena, essa nova realidade de sobrecarga de trabalho à mulher têm reduzido a capacidade de evitar o conflito com o autor da violência, tornando assim, a mulher mais vulnerável à violência psicológica e sexual. Além disto, a dependência financeira, em que muitas se encontram, haja vista a estagnação econômica e a impossibilidade do trabalho informal em função do período de quarentena, reduz ainda mais o rompimento da situação (BATISTA e ADAMES, 2020).

Vale ressaltar que, segundo o Plano Estratégico da ONU Mulheres 2014-2017, para se alcançar a igualdade de gênero é necessária uma abordagem inclusiva, que reconheça assim, o papel necessário dos homens como parceiros na busca pelos direitos das mulheres, sendo assim a ONU Mulheres têm a intenção de reformular a sociedade atual introduzindo uma efetiva igualdade de gênero, beneficiando assim, toda a sociedade, por intermédio da campanha ElesPorElas (HeforShe).

Apesar deste reconhecimento, da necessidade do “alistamento de homens e meninos como parceiros igualitários na elaboração e implementação de uma visão comum da igualdade de gênero” (ELESPORELAS), que ainda precisa ser alcançada, dados mostram que ainda persiste muita desigualdade nas diversas instituições sociais, inclusive, como tratado no presente item, na família:



IMAGEM I – CAMPANHA ELESPORELAS

Fonte: Instagram @elesporelasheforshe

Disponível em:
[https://www.instagram.com/p/CAAD3WJLH3C /?](https://www.instagram.com/p/CAAD3WJLH3C/?utm_source=ig_web_copy_link)
[utm_source=ig_web_copy_link](https://www.instagram.com/p/CAAD3WJLH3C/?utm_source=ig_web_copy_link)

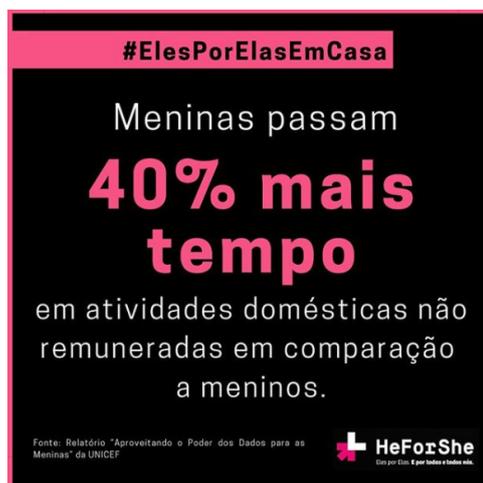


IMAGEM II – ELESPORELAS EM CASA

Fonte: Instagram @elesporelasheforshe

Disponível em:
[https://www.instagram.com/p/CAaki_WHTbW/?](https://www.instagram.com/p/CAaki_WHTbW/?utm_source=ig_web_copy_link)
[utm_source=ig_web_copy_link](https://www.instagram.com/p/CAaki_WHTbW/?utm_source=ig_web_copy_link)

Dessa maneira, esta campanha une os esforços das mulheres e dos homens em uma abordagem de igualdade de gênero que em apoio beneficie todos e todas, ou seja, essa plataforma demonstra aos homens e meninos que as questões de igualdade de gênero e os seus benefícios tem o poder de libertar não só as mulheres, mas também os homens de papéis sociais prescritos e de estereótipos de gênero. O movimento ElesPorElas fornece também, a compreensão de que homens e meninos podem prevenir a violência contra mulheres e meninas estando conscientes sobre suas próprias atitudes, valores e comportamentos em relação às mulheres, buscando assim que cada homem assuma a responsabilidade por si mesmo, evitando a discriminação e a violência contra a mulher. Ainda, estando conscientes dessa realidade, podem intervir quando testemunharem discriminação ou violência perpetrada por outros homens (ONU MULHERES).

Por fim, é evidente a importância dessa campanha para a alteração da realidade atual brasileira, que pretende mobilizar homens e meninos para que eles se posicionem e adotem ações rumo ao alcance da igualdade de gênero. ElesPorElas trabalha em colaboração com os Estados-Membros, sendo o Brasil signatário, organismos das Nações Unidas, empresas e organizações não governamentais, online e off-line, em busca de efetivar os objetivos da campanha, possuindo como alvo ações, parcerias e lideranças que possam obter o maior impulso possível para a mudança, e trabalhando os 3 “A”s, isto é: a atenção, que abrange a educação, sensibilização e conscientização da população; a argumentação, que investe no impacto através de políticas e planejamento da ONU mulheres, buscando empoderamento econômico das mulheres, fim da violência contra as mulheres, liderança e segurança, por fim, ação, isto é, a captação de recursos e outras ações.

4. OS DESAFIOS JURÍDICOS EM ÉPOCA DE PANDEMIA

A lei nº 14.022 de 7 de julho de 2020, altera a lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e garante, mesmo em tempos de pandemia, que é função do poder público garantir o atendimento presencial de mulheres, idosos, crianças ou adolescentes em situação de violência. Bem como dispõe sobre a promoção de campanha informativa em relação à prevenção da violência e acesso a mecanismos de denúncia com interação simultânea durante a vigência do estado de emergência de caráter humanitário e sanitário.

No entanto, inúmeras são as vezes em que as mulheres conquistaram o reconhecimento legal de seus direitos mas não alcançaram sua devida aplicação prática, principalmente por questões relacionadas a motivação patriarcal enraizada socialmente nos aplicadores do direito. Nesse sentido, Simone Beauvoir, na obra “O segundo sexo” já afirmava:

Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta. Economicamente, homens e mulheres constituem como que duas castas; em igualdade de condições, os primeiros têm situações mais vantajosas, salários mais altos, maiores possibilidades de êxito que suas concorrentes recém-chegadas. (Beauvoir, 1970, p. 14)

Na conjuntura atual, assim como a violência doméstica se intensifica, a dificuldade de aplicar o direito também tende a se exacerbar, visto que as vítimas estão presas com seus agressores por um tempo ainda maior, vivendo um verdadeiro cárcere, diminuindo ou até mesmo inibindo as chances de denunciar.

“A violência doméstica não diminuiu, ela está mais privada do que nunca. A mulher que vive com um agressor já vivia isolada, agora ela está praticamente em cárcere privado”, declara Conceição de Andrade, superintendente geral do Instituto Maria da Penha. (PONTE, 2020)

Nesse cenário, percebe-se que a principal dificuldade se encontra em realizar a denúncia, sendo assim, é imperioso que o Estado crie mecanismos inovadores e eficazes para que as vítimas possam denunciar mesmo estando em confinamento ao lado de seus algozes.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em iniciativa inovadora, lançou o site “Carta para Mulheres” em que a vítima preenche eletronicamente um formulário, no qual elenca o tipo de violência sofrida e a descreve, podendo inclusive encaminhar perguntas. Após isso, a vítima recebe orientações para atendimento, bem como programas de ajuda.

No mesmo sentido, a Polícia Civil adaptou o sistema de Delegacia Eletrônica para que os registros de violência doméstica pudessem ocorrer via internet. Já o judiciário, apesar de não realizar atendimento presencial durante a pandemia, continuou funcionando normalmente, atendendo aos pedidos de medidas protetivas sempre que necessário.

Entretanto, mesmo com as tais medidas, os desafios do confinamento causado pela pandemia conservam-se. Com as dificuldades financeiras acentuadas, tanto das vítimas como dos agressores, o afastamento de ambos se tornou inacessível, assim como as casas de acolhimento tiveram seu trabalho obstruído.

Uma alternativa encontrada pelo governo da França foi o encaminhamento das vítimas de violência doméstica para hotéis, evitando que coloquem suas vidas em risco saindo da casa para se afastar do agressor em pandemia ou permanecendo acuada em casa. (REUTERS, 2020)

O governo francês investiu em inovações com o objetivo de preservar a integridade das vítimas, entre outras medidas tomadas: “A ministra da Igualdade de Gêneros, Marlene Schiappa, disse que cerca de 20 novos centros serão abertos em lojas por todo o país para que mulheres procurem ajuda enquanto fazem suas compras”. (REUTERS, 2020).

A evolução das garantias conquistadas, principalmente em relação a Lei Maria da Penha, é o que tem impulsionado os novos mecanismos de proteção da mulher em tempos sombrios. No entanto, em contraposição, o aumento avassalador nos números de violência durante a pandemia causa muita preocupação mesmo sem a capacidade de quantificar o aumento exato.

5. AÇÕES JURÍDICAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: PANORAMA NACIONAL

Diante dos itens anteriores, verifica-se que o Brasil necessita de medidas de combate à violência doméstica urgentemente, levando em consideração a posição brasileira nas estatísticas mundiais de violência doméstica e feminicídio. O Brasil ocupa a 5ª posição do ranking mundial de Feminicídio de acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), outros dados alarmantes que refletem a realidade do Brasil:

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o número de assassinatos chega a 4,8 para cada 100 mil mulheres. O Mapa da Violência de 2015 aponta que, entre 1980 e 2013, 106.093 pessoas morreram por sua condição de ser mulher. As mulheres negras são ainda mais violentadas. Apenas entre 2003 e 2013, houve aumento de 54% no registro de mortes, passando de 1.864 para 2.875 nesse período. Muitas vezes, são os próprios familiares (50,3%) ou parceiros/ex-parceiros (33,2%) os que cometem os assassinatos (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

Há 14 anos em vigor, a Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, foi desenvolvida para conter, prevenir e assistir as mulheres vítimas de violência doméstica, sendo assim, este crime tornou-se responsabilidade do Estado Brasileiro. Apesar dos avanços nas garantias dos direitos das mulheres por intermédio deste dispositivo, pesquisas e estatísticas relacionadas ao tema comprovam que ainda há um longo caminho a ser percorrido em direção a efetivação dos direitos das mulheres e à erradicação deste problema. Dessa maneira, conforme Santiago, Andrade e

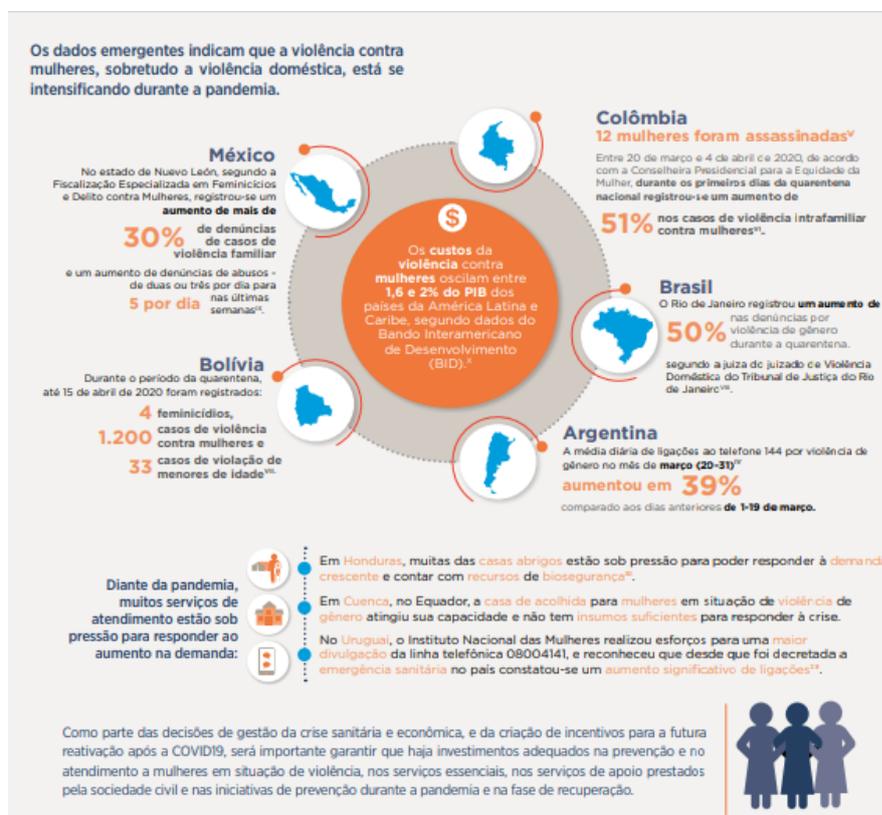
Carvalho (2020), em seu artigo, “Justiça de Gênero e Pandemia: interseccionalidade e respostas pela ONU Mulheres”:

Entendemos ser necessário um movimento que mobilize o arcabouço jurídico, as políticas públicas e institucionais em prol da desconstrução de práticas e estruturas desiguais com o fito de conseguirmos avançar na compreensão de que as diferenças entre homens e mulheres historicamente estabelecidas se converteram em desigualdade e subjugação. Dizemos isso reconhecendo que, *a priori*, é imprescindível admitir que as incontáveis desigualdades que remanescem na sociedade do século XXI se originam não somente da falta de reconhecimento de que todos são iguais, independentemente de sua raça, etnia ou gênero, mas também de desigualdades econômicas o que demanda que as discussões sobre Justiça de Gênero perpassem também pela distribuição de renda, condições de trabalho, desigualdade salarial etc. (SANTIAGO; ANDRADE; CARVALHO, p. 239, 2020).

Assim, no contexto atual da pandemia, além dos impactos econômicos e para o sistema de saúde, questões relacionadas à saúde mental e ao aumento da violência estão cada vez mais evidentes, pois as medidas adotadas para a contenção do COVID-19, além de alterar o funcionamento da sociedade, intensifica também certos problemas sociais, como o da violência doméstica, aqui abordada. Dessa maneira, conforme Batista e Adames (2020), “enquanto para alguns sujeitos o distanciamento social representa proteção, para outros o confinamento domiciliar pode representar perigo. Nesse sentido, conforme dados da ONU Mulheres:

IMAGEM III – Dados indicam que a violência contra mulheres está se intensificando durante a pandemia do COVID-

19



Fonte: ONU Mulheres (2020) Disponível em: < <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/05/BRIEF->

Dessa maneira, verifica-se que no contexto nacional, pouco tem sido feito para reforçar o combate à violência doméstica nesta situação de pandemia, neste sentido, temos os seguintes esforços dos estados:

As delegacias de alguns estados, como São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal, continuarão abertas 24h. No caso das delegacias do Rio de Janeiro e de São Paulo, denúncias de violência doméstica que não exigem colhimento de provas imediato (como exame de corpo de delito) podem ser feitas virtualmente. Além disso, em São Paulo foram criadas, no dia 31, as Patrulhas Maria da Penha, que monitorarão mulheres vítimas de violência doméstica. Outras providências foram adotadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para aumentar a celeridade do atendimento destes casos, como permitir a concessão de medidas protetivas em caráter de urgência sem a apresentação de Boletim de Ocorrência por parte da vítima, e a intimação dela por Whatsapp no caso de deferimento das medidas. No Distrito Federal, os acolhimentos feitos pelos Centros Especializados de Atendimento às Mulheres vítimas de violência (CEAMS) serão feitos por telefone, exceto em casos de urgência. Entretanto, no Rio, o atendimento nesses centros será suspenso por 15 dias, exceto para casos de urgência. Em outros estados, as delegacias não ficam abertas 24h por dia. A Casa da Mulher Brasileira, espaço que unifica diversos serviços de atendimento à mulher vítima de violência, ainda tem poucas unidades no território nacional. (BIANQUINI, 2020)

Isto posto, percebe-se que o Brasil e os governos de todo o mundo estão lutando para conter a pandemia do COVID-19, no entanto, algumas vozes têm sido silenciadas, aqui em especial os impactos da pandemia sobre as mulheres, as preocupações de gênero ainda não estão moldando as decisões que os homens líderes estão tomando, visto que, é evidente que “as mulheres, ao lado de outros grupos vulnerabilizados, sofrem mais contundente os efeitos negativos dessa crise, que [...] desvela e confere visibilidade às desigualdades historicamente arraizadas na sociedade brasileira” (SANTIAGO; ANDRADE; CARVALHO, p. 241, 2020).

Anitha Bhatia (2020), diretora Executiva Adjunta das Mulheres da ONU, em “Mulheres e COVID-19: cinco coisas que os governos podem fazer agora”, propõe cinco ações que os governos podem tomar para resolver alguns destes problemas que atingem as mulheres, que seguem a mesma linha das recomendações para prevenir e combater a violência contra mulheres e meninas realizadas pela “Prevenção da violência contra mulheres diante da COVID-19 na América Latina e no Caribe”:

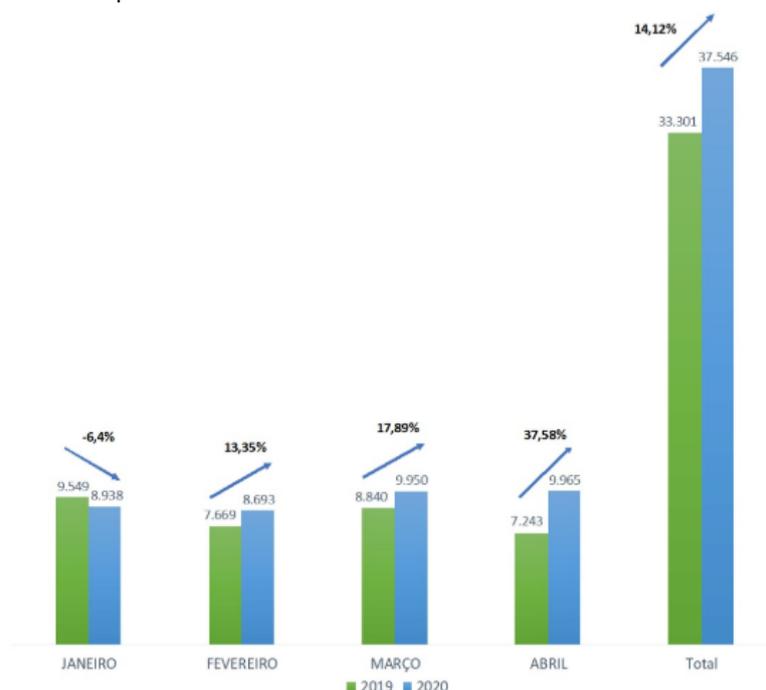
Primeiro, garantir que as necessidades das enfermeiras e médicas sejam integradas em todos os aspectos do esforço de resposta. [...] Segundo, garantir que as linhas diretas e os serviços para todas as vítimas de abuso doméstico sejam considerados “serviços essenciais” e sejam mantidos abertos e a aplicação da lei seja sensibilizada para a necessidade de responder às chamadas das vítimas. [...] Terceiro, os pacotes de resgate e estímulo devem incluir medidas de proteção social que refletem uma compreensão das circunstâncias especiais das mulheres e o reconhecimento da economia de atendimento. [...] Quarto, os líderes devem encontrar uma maneira de incluir as mulheres na tomada de decisões em resposta e recuperação. Seja no nível local, municipal ou nacional, trazer as vozes das mulheres para a tomada de decisões levará a melhores resultados; sabemos de muitas configurações que a diversidade de pontos de vista enriquecerá uma decisão final. Além disso, pessoas responsáveis por formular políticas devem alavancar as capacidades das organizações de mulheres. [...] Finalmente, as pessoas responsáveis por formular políticas devem prestar atenção ao que está acontecendo nas casas das pessoas e apoiar uma partilha

igual do ônus do cuidado entre mulheres e homens. (BHATIA, 2020)

Essas ações e outras são urgentes, visando sempre, construir soluções com base nas necessidades das mulheres, oferecendo assim uma oportunidade de efetivar os seus direitos. A prioridade deve ser a de salvar vidas, seja no combate ao COVID-19, ou seja na frente de combate à violência doméstica. Sendo assim, é indispensável dar visibilidade as questões de gênero no contexto da pandemia, e refletir se o Brasil está promovendo ou não uma efetiva justiça no âmbito da garantia dos direitos humanos das mulheres, a partir realização e concretização das diversas diretrizes anteriormente abordadas.

Segundo dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH), houve um aumento médio de 14,1% no número de denúncias feitas ao Ligue 180 nos primeiros quatro meses de 2020 em relação ao ano passado. O total de registros foi de 32,9 mil entre janeiro e abril de 2019 contra 37,5 mil no mesmo período deste ano, período este em que se iniciou a recomendação do distanciamento social, com destaque ao mês de abril, que apresentou um aumento de 37,6% no comparativo entre os dois anos.

GRÁFICO 1: comparativo entre os anos de 2019 e 2020 de denúncias feitas ao Ligue 180



Fonte: Governo Federal, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (2020). Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentam-nos-quatro-primeiros-meses-de-2020>>. Acesso: 03 out. 2020.

Uma das principais causas desse aumento, segundo o Governo Federal, foi o aperfeiçoamento dos canais de denúncia administrados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Pois como resposta ao efeito da pandemia do COVID-19, os canais de atendimento da ONDH foram ampliados, lançando aplicativos como Direitos Humanos Brasil e o

novo site da ONDH, que realizam atendimentos on-line, ferramentas que garante acessibilidade para pessoas com deficiência, pois disponibiliza chat e interpretação em Língua Brasileira de Sinais (Libras).

Por fim, ainda faz-se necessário que os operadores de direito e formuladores de políticas públicas elaborem medidas que atendam às necessidades brasileiras de combate à violência doméstica, seja pensando em novas soluções, seja replicando iniciativas já existentes, dando prioridade à proteção das mulheres, que estão em grande vulnerabilidade, vide o isolamento social, que gera dificuldade da fuga da vítima e menor probabilidade de rompimento do ciclo da violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) com seus 14 anos completos de vigência, foi criada com o objetivo de coibir a violência doméstica e familiar, garantindo punição com maior rigor aos agressores, bem como mecanismos preventivos e protetivos à mulher. Dentre os diversos avanços, a Lei Maria da Penha, no §1º do artigo 3º garante que é dever do poder público desenvolver políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares.

Assim sendo, a positivação de que o poder público possui como dever desenvolver as políticas necessárias à proteção das mulheres é deveras importante no momento de distanciamento social, pois não apenas assegurou diversas garantias às vítimas de violência doméstica como reitera a obrigação pública em criar os mecanismos vitais para efetivação da norma, ainda que em um âmbito atípico de atuação.

Contudo, a aplicação de tais institutos resta prejudicada, principalmente com a proliferação do Covid-19, sendo que ainda é possível observar fissuras à eficiência dos mecanismos desenvolvidos com o intuito de preservar a integridade da mulher que está sendo obrigada a conviver com seu agressor em confinamento. Cabe então ao poder público, conforme disposto pelo §1º do art. 3º da Lei Maria da Penha supracitado, criar meios eficazes de denúncia, prevenção e punição dos agressores.

Com esse intuito foram tomadas algumas medidas como: a adaptação do sistema eletrônico de denúncia da Polícia Civil; o lançamento do site “Carta para Mulheres” com a disponibilização de um formulário referente à violência pela qual a vítima está passando; e a divulgação da campanha do Sinal Vermelho, no qual a vítima faz uso de um “X” vermelho na palma da mão ou alguma sinalização semelhante para comunicar que está em situação de violência e pedir ajuda.

Apesar das medidas, os dados de casos de violência doméstica continuam subindo, sem sequer considerar os diversos casos não computados e as dificuldades que abrangem a situação

como um todo. Por isso, é preciso reiterar a importância da constante criação de meios capazes de amenizar os impactos causados pelos abusos, bem como reafirmar os institutos já consolidados.

Isto posto, a elaboração de medidas públicas inovadoras objetivando o combate às diversas formas de violência durante o momento pandêmico deve ser prioridade dos operadores do direito. Assim como a criação, sua devida aplicação deve ser resguardada, evitando que as normas sirvam apenas como um símbolo e garantindo sua eficácia para romper o ciclo da violência.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Taxas de feminicídio no Brasil é a quinta maior no mundo.** Revista Exame, 2018. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/taxa-de-femicidios-no-brasil-e-a-quinta-maior-do-mundo/>>. Acesso em: 03 out. 2020.

AMARAL, Graziela Alves. **A mulher e a tripla jornada de trabalho:** como é administrado esse desafio? FEAD. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-551/a-mulher-e-a-tripla-jornada-de-trabalho--como-e-administrado-este-desafio>>. Acesso em: 03 out. 2020.

ARRUZA, Cinzia. **Feminismo para os 99%:** um manifesto. 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2019.

BATISTA, Aline Pozzolo; ADAMES, Bruna. **Os impactos do novo coronavírus (COVID-19) no âmbito da violência contra a mulher:** fatores de risco e estratégias de prevenção in. MELO, Ezilda; POLETINE, Maria Júlia; RODRIGUES, Carla Estela (org). **Pandemia e Mulheres:** volume 01, 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo:** fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. Ed. – Difusão Europeia do livro, 1970.

BHATIA, Anita. **Mulheres e COVID-19:** cinco coisas que os governos podem fazer agora. ONU Mulheres, mar. 2020. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/mulheres-e-covid-19-cinco-coisas-que-os-governos-podem-fazer-agora/>>. Acesso em: 03 out. 2020.

BIANQUINI, Heloisa. **Combate à violência doméstica em tempos de pandemia:** o papel do Direito, 2020. **Revista Consultor Jurídico.** Acesso em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia>>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.022**, de 7 de jul. de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm>. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na

quarentena. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**, mar. de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>>. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

FORMULÁRIO. **Carta de Mulheres**. Disponível em: <<https://forms.office.com/Pages/ResponsePage.aspx?id=LUKQNVmONkCSRdbt2MwPeujYfeS2izJMm55A1LztYsJUNkNNMfK0UFZUSkFSTEQ3TUg4TIYzWVdURyQIQCN0PWcu>>. Acesso em: 04 de out. de 2020.

GRÁFICO 1. **Denúncias registradas pelo Ligue 180 aumentam nos quatro primeiros meses de 2020**. Governo Federal, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentam-nos-quatro-primeiros-meses-de-2020>>. Acesso: 03 out. 2020.

IMAGEM I. Instagram @elesporelasheforShe. **Mulheres e meninas ao redor do mundo dedicam 12,5 bilhões de horas todos os dias, ao trabalho doméstico e de cuidado não remunerado**, 2020. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CAD3WJLH3C/?utm_source=ig_web_copy_link>. Acesso em: 14 out. 2020.

IMAGEM II. Instagram @elesporleasherforShe. **Meninas passam 40% mais tempo em atividades domésticas não remuneradas em comparação a meninos**, 2020. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CAaki_WHTbW/?utm_source=ig_web_copy_link>. Acesso em: 14 out. 2020.

IMAGEM III. ONU Mulheres. **Prevenção da violência contra mulheres diante da COVID-19 na América Latina e no Caribe**, 2020. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/05/BRIEF-PORTUGUES.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

IPEA. ONU Mulheres. **Vulnerabilidades das Trabalhadoras domésticas no contexto da pandemia de COVID-19 no Brasil**. Nota Técnica nº 75, jun. 2020. Livraria IPEA. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/06/213247_NT_Disoc-N_75_web.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

ONU MULHERES. **#ElesPorElas**: movimento ElesPorElas (HeforShe) de solidariedade da ONU Mulheres pela igualdade de gênero – Visão Geral. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/ElesPorElas_visao_geral.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

ONU MULHERES. **Gênero e COVID-19 na América Latina e no Caribe**: dimensões de gênero na resposta, 2020. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19_LAC.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

ONU MULHERES. **Prevenção da violência contra mulheres diante da COVID-19 na América Latina e no Caribe**, 2020. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/05/BRIEF-PORTUGUES.pdf>>. Acesso

em: 05 out. 2020.

REUTERS. **França colocará vítimas de violência doméstica em hotéis após salto em número de casos.** G1 Globo, 2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/30/franca-colocara-vitimas-de-violencia-domestica-em-hotéis-apos-salto-em-numeros-de-casos.ghtml>>. Acesso em: 28 de set. de 2020.

SANTIAGO, Brunna Rabelo; ANDRADE; Denise Almeida de; CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. **Justiça de gênero e pandemia:** interseccionalidade e respostas pela ONU Mulheres in. MELO, Ezilda; POLETINE. Maria Júlia; RODRIGUES, Carla Estela (org). **Pandemia e Mulheres:** volume 01, 2020.

SOTERO, Ana Paula da Silva; LIMA, Thaíse Ribeiro Santos; TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza. **Violência contra a mulher na pandemia do coronavírus:** o preço do silêncio no isolamento social in. MELO, Ezilda; POLETINE. Maria Júlia; RODRIGUES, Carla Estela (org). **Pandemia e Mulheres:** volume 01, 2020.

TABELA 1. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Raio X da violência doméstica durante isolamento:** um retrato de São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/violencia-domestica-mp-sp.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2020.

Um vírus e duas guerras: Mulheres enfrentam em casa a violência doméstica e a pandemia da covid-19. **Ponte**, 18 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://ponte.org/mulheres-enfrentam-em-casa-a-violencia-domestica-e-a-pandemia-da-covid-19/>>. Acesso em: 10 de ago. de 2020.

POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM MASSA: A PERPETUAÇÃO DO RACISMO ATRAVÉS DA NECROPOLÍTICA NO BRASIL

Marcos Vinícius Sanches SAVELLI¹
Maria Giovana CALDEIRA²

RESUMO

A população carcerária brasileira é uma das maiores do mundo e segue crescendo exponencialmente. O presente artigo tem por objetivo, através da pesquisa exploratória e de dados quantitativos e qualitativos, analisar as nuances do racismo estrutural e a sua influência na necropolítica produzida pelo governo, e buscar a relação disso com a persistente política de encarceramento em massa da população preta no Brasil. Dessa forma, para este estudo foi utilizado o método dedutivo, no qual se partiu de premissas maiores a respeito do encarceramento em massa para o entendimento do assunto, até o alcance de premissas menores, analisando, como foco central, o racismo institucional. Portanto, busca entender toda a estrutura do sistema prisional e possíveis proposições para resolução deste problema. Não obstante, conclui-se que o sistema carcerário pátrio demonstra-se defasado e sua reforma se faz mister para a concretização dos direitos fundamentais firmados na Carta Magna e na construção de uma sociedade pautada na isonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Cárcere. Encarceramento. Falha do sistema. Necropolítica. População negra. Racismo.

ABSTRACT

The Brazilian prison population is one of the largest in the world and keeps growing exponentially. This article aims, through exploratory research and quantitative and qualitative data, to analyze the nuances of structural racism and its influence on the necropolitics produced by the government, and seek the relationship between this and the persistent policy of mass imprisonment of the black population in Brazil. Furthermore, the deductive method was used for this study, in which we started from larger premises regarding mass incarceration to understand the subject, until reaching smaller premises, analyzing, as a central focus, institutional racism. Therefore, it seeks to understand the whole structure of the prison system and possible propositions for solving this problem. Nevertheless, it is concluded that the national prison system is out of step and its reform is essential for accomplishing the fundamental rights established in the Brazilian Constitution and in the construction of a society based on isonomy.

KEYWORD: Black people. Incarceration. Necropolitics. Prison. Racism. System failure.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é a quarta maior população carcerária do mundo, tendo também a sexta maior taxa de encarceramento. O superencarceramento da população negra no Brasil é um dos grandes problemas da sociedade. O sistema prisional é punitivo, seletivo e racista, pois só prende o negro, pobre, com baixa escolaridade e baixa renda. Ao invés de mudar a situação, o Brasil segue em contramão a outros países e mantém o endurecimento penal, utilizando cada vez mais da repressão.

1 Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

2 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Esse racismo punitivista tem origem na formação da sociedade brasileira. A elite do Brasil sempre marginalizou o negro e tentou branquear a população através da limpeza racial, expurgando os negros para os cortiços. Perpassando por décadas, essa tentativa de higienização continua até hoje através da necropolítica, sendo o Estado detentor da escolha de quem deve morrer e quem deve viver, quem deve ficar livre e quem deve ficar preso.

Fruto dessa política racista faz-se notório, através de dados empíricos, que existe um maior encarceramento da população negra. Nas últimas décadas, foram muitos os momentos em que a barbárie nos presídios atingiu patamares ainda mais eugenistas. O sistema está superlotado e crescendo a níveis exponenciais e claramente não é de uma população branca, elitizada e de escolaridade acima da média brasileira.

2 A ESTRUTURA DO PENSAMENTO RACISTA VIGORANTE NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A história do Brasil se desenvolveu embasada nos alicerces do sistema escravocrata, sendo o país que mais importou escravos africanos, com mais de quatro milhões desembarcados nos portos. As situações de vida desses eram de extrema desumanização e violência durante toda a vigência da escravidão no país, não sendo vistos como seres humanos, mas sim como seres de baixa inferioridade, não detentores de nenhum tipo de direito. A Constituição Federal de 1824, conforme o art. 6^o, já mostrava essa visão, uma vez que os escravizados não eram reconhecidos como cidadãos.

Os passos percorridos pela elite branca brasileira na segunda metade do século XIX foram imprescindíveis para a estruturação de uma sociedade racista que vigora até os dias atuais. É fato que a escravidão já havia introduzido situações assoláveis aos negros⁴. Entretanto, quando as concepções dos iluministas chegaram até o país e a igualdade entre todos podia ser instalada, a realidade social seguiu outros ditames.

Com a chegada das ondas abolicionistas no Brasil e vislumbrando a manutenção de uma sociedade racialmente estruturada e a subordinação da “raça inferior”, foi criada a Lei de Terras, disposta na Lei nº 601 de 1850. Sob a égide da primeira Constituição Brasileira de 1824, com

3 Art. 6. São Cidadãos *Brazileiros* I. Os que no *Brazil* tiverem nascido, quer sejam *ingenuos*, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai *Brazileiro*, e Os *illegitimos* de mãe *Brazileira*, nascidos em *paiz* estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no *Imperio*. III. Os filhos de pai *Brazileiro*, que estivesse em *paiz* estrangeiro em *sorviço* do *Imperio*, embora *elles* não venham estabelecer domicilio no *Brazil*. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no *Brazil* na época, em que se proclamou a *Independencia* nas *Provincias*, onde habitavam, *adheriram* á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua *residencia*. V. Os estrangeiros *naturalisados*, qualquer que seja a Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de *naturalisação*.

4 Segundo classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, conceito de negro as categorias de pretos e pardos.

intenções protecionistas, definiu que as terras ainda não ocupadas passam a ser propriedades do Estado e as já ocupadas poderiam ser regularizadas como propriedade privada, garantindo assim os interesses da elite e aniquilando e impedindo, de uma vez por todas, a ocupação de terras pelos escravos.

Em 13 de maio de 1888 teve fim o regime escravagista com assinatura da Lei Áurea, que ofereceu liberdade jurídica aos negros e mestiços. Entretanto, a ciência, que se concebia a época por meio de ideais prolixos, alegava que os homens não nasciam iguais. Pautada nas diferenças ontológicas, introduzindo a eugenia. Foi responsável por desencadear em um futuro próximo a Teoria do Branqueamento no país, partindo do pressuposto que a raça branca era superior às outras: portanto, a liberdade e igualdade não foram homólogas.

A partir dessas análises, projetos étnicos-políticos passaram a ser implantados, uma vez que tais assuntos já eram conhecidos e estudados no exterior, inclusive pautando a sociedade brasileira. Desse modo, serviu como um referencial decorrente da intensa mestiçagem e que instigou a perpetuação desse pensamento europeu em meio à elite profissional que surgia no país, como um “imperialismo interno”. Ademais, influenciou o nascimento do sistema judiciário brasileiro - que transcorre até os dias atuais, com diversos casos nos quais é visível o racismo por parte de juristas - de maneira que este se estruturou dentro dessas teorias racistas.

Nesse sentido:

O racismo deu o tom do pensamento social brasileiro nesse período, tendo predominado à época um discurso baseado em doutrinas vindas da Europa “que usaram e abusaram da metáfora darwinista da ‘sobrevivência dos mais aptos’ e que inventaram a Eugenia para sugerir políticas públicas que, entre outras coisas, implicavam limpeza étnica. (SCHWARCZ, 1993, p. 38)

O negro foi também pautado dentro de teorias eugenistas como o estereótipo de um tipo de criminoso e delinquente associado à cor de sua pele. Segundo Rodrigues⁵, influente do pensamento, o negro pertencia à outra fase de desenvolvimento moral. Deste modo, apresentaria uma natureza violenta e inesperada, condizentes com sua predisposição à criminalidade e ao delito. As impulsividades da sua natureza, vistas através de atos não sociáveis, levavam à presunção de que “[...] a responsabilidade penal, fundada na liberdade do querer, das raças inferiores, não pode ser equiparada à das raças brancas civilizadas” (RODRIGUES, 2011, p. 50).

Embora essas questões trazidas por Rodrigues, citado por Fry (2000, p. 207-231), se mantivessem afastadas do sistema de justiça penal da época, estes ideais influenciavam sobremaneira os julgamentos morais daqueles que participavam desse aparelho, então o racismo

5 Raimundo Nina Rodrigues (1862-1906), médico legista, psiquiatra, antropólogo. Foi um dos introdutores da antropologia criminal, da antropometria e da frenologia no país. Em 1899 publicou a obra “Mestiçagem, degenerescência e crime”, procurando provar suas teses sobre a degenerescência e as tendências ao crime dos negros e mestiços.

atuava no sistema de justiça. O Código Penal de 1890, por exemplo, endureceu a repressão aos negros, com práticas como a criminalização da capoeira, manifestações religiosas negras e manteve punições para a vadiagem e mendicância.

O Decreto nº 528 concernente a imigração foi promulgado em 28 de junho de 1890. Esse documento considerava livre a entrada de imigrantes desde que obedecidas às referidas concessões, como os imigrantes possuírem aptidão ao trabalho e com a ressalva de que não fossem oriundos da África ou Ásia. Nascimento argumentou que a miscigenação funcionou como uma forma de dizimar a raça negra no Brasil: “As leis de imigração nos tempos pós-abolicionistas forma concebidas dentro da estratégia maior: a erradicação da ‘mancha negra’ na população brasileira.” (NASCIMENTO, 1978, p. 71).

Nessa perspectiva, o negro se viu duplamente espoliado: primeiro, por não ter tido nenhuma assistência para sua integração social, e segundo, pela competição com os brancos imigrantes por postos laborais, sofrendo de maneira bem definida os efeitos negativos da concorrência, pois estes se apropriaram tenazmente das oportunidades de trabalho. Ao serem eliminados do mercado de trabalho ou expulsos para as periferias, tiveram que se subordinar a um estilo de vida forçosamente de miséria.

De acordo com Prado Júnior, a escravidão não preparou o ser humano para se tornar um trabalhador livre, especializado ou nem mesmo semi-especializado. De maneira oposta, a ordem social escravocrata tinha o “escravo” e o “negro” como elementos paralelos da sociedade. Ao se concretizar a abolição, eles se tornaram um resíduo racial, restando buscar formas que garantisse sua sobrevivência – formas essas, vale ressaltar, que sem nenhum amparo social. Assim, tiveram ocupações irregulares tanto economicamente como socialmente, ao restringir suas oportunidades o negro foi mantido “fora do sistema”.

Apesar dessa discrepância de realidade que devastou a vida dessa parcela marginalizada, as desigualdades raciais com o tempo foram sendo minimizadas e ficando sem visibilidade, devido alguns estudos da época que salientam a inserção do negro como positiva.

Na concepção do sociólogo Freyre, no Brasil havia uma democracia racial, estudo pautado inicialmente na obra “Casa-grande e senzala” (1933). O autor se distancia da concepção de racismo, tratando as relações entre negros e brancos como brandas, “como uma civilização original, onde a miscigenação lançou as bases de um novo modelo de convivência entre raças, tendendo a neutralizar espontaneamente conflitos e diferenças”, ignorando os padrões opressivos que existiram. Seguindo a posição de Fernandes, um crítico dessa concepção *freyreana*:

Sob a égide da ideia de democracia racial justificou-se, pois, a mais extrema indiferença e falta de solidariedade para com um setor da coletividade que não possuía condições próprias para enfrentar as mudanças acarretadas pela universalização do trabalho livre e da

A publicação da obra em um momento que o negro vivia de maneira tão excluída na sociedade teve importante papel para mascarar padrões opressivos das relações raciais no Brasil, naturalizando o racismo que é uma herança perversa, que se perpetua até os dias atuais, ferindo o Estado Democrático de Direito. Não há integração social, pautando-se numa democracia se os diferentes estoques raciais não tiverem oportunidades equivalentes de participação na estrutura social. Essas mazelas se emanciparam de forma velada no cenário nacional, o que teve papel vultoso para que não fosse questionado.

Dessa maneira, africanos e mestiços, que eram entendidos como obstáculos para atingir o esplendor da civilização, tiveram a própria sociedade como obstáculo para sua emancipação social, estando submetidos a zonas de detração. A tentativa de branqueamento da população seguia os rumos desejados, uma vez que a população negra teve que se deslocar para regiões que as condições de vida eram subalternas, como favelas. Com o notório desenvolvimento das cidades brasileiras, os espaços da cidade passaram a possuir cor e classe social.

De acordo com Carril (2006, p.17): “Estudos sobre o crescimento da cidade de São Paulo mostram como a população ficava mais escura à medida em que se afastava em direção à periferia.”. Essas regiões foram afetadas pelo preconceito, uma vez que atualmente a sociedade costuma enxergar tal área como um mal social. Nesse sentido, uma pesquisa do Instituto Data Popular (*apud* Gandra, 2015, n. p.), constata a existência das seguintes visões: 69% dos entrevistados do asfalto disseram que têm medo quando passam em frente a uma favela e 51% afirmaram que as primeiras palavras que lhes vêm à mente quando ouvem falar de favela são drogas e violência.

Desse modo, os residentes de favelas, que em sua maioria são negros, acabam sendo associados como responsáveis por atos violentos e tráfico de drogas, tão somente por viverem naquele território. Sob essa ótica, o Estado justifica e reproduz uma série de violações de direitos contra as populações ali residentes, por meio de atitudes violentas e repressivas, pautadas em valores sociais legitimados socialmente. Assim, efetivou-se um modelo de sociedade que não oferece condições minimamente igualitárias, mas cria mecanismos severos de estigmatização e punição em regiões periféricas, que são majoritariamente compostas pela população negra (66%, segundo dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, de 2011).

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, coíbe o racismo

através do art. 3^o, e seus incisos, e do art. 5^o, nos incisos XLI e XLII, que estabelecem qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais como passíveis de punição e denota o racismo como crime inafiançável e imprescritível. No entanto, essas normas antirracistas da Constituição Cidadã não são capazes de fomentar um resultado de melhorias no racismo estruturante que vigoram em nossa sociedade.

Nessa perspectiva, as estatísticas de cor ou raça produzidas pelo IBGE mostram que o Brasil ainda está muito longe de se tornar uma democracia racial. Em média, os brancos têm as melhores condições de vida, já os indicadores socioeconômicos da população preta e parda costumam ser bem mais desvantajosos.

Portanto, o que vemos hoje no país é uma recriação, negros não são só vítimas do passado. Há a perpetuação desse cenário no qual o negro é concebido com olhares de inferioridade e diferenciação somente pela cor da pele. Já o Estado continua sem assumir a responsabilidade em face de garantir a igualdade jurídica que é restrita à população negra desde o período escravocrata. Pelo contrário, atua aplicando políticas racistas que vão contra as normas vigentes constitucionalmente e ferem constantemente os Direitos Humanos.

3 RACISMO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E NECROPOLÍTICA

O álbum “Sobrevivendo no Inferno” lançado em 1997 pelo grupo Racionais MC’s retratou a realidade do jovem negro brasileiro – que sobrevive diariamente ao inferno, metaforicamente, situação na qual os maiores vilões são o Estado e o racismo estrutural que tem exterminado a população negra a séculos. O seguinte trecho da música “Capítulo 4, Versículo 3” denota essa concepção:

“60% dos jovens de periferia sem antecedentes criminais já sofreram violência policial. A cada 4 pessoas mortas pela polícia, 3 são negras. Nas universidades brasileiras apenas 2% dos alunos são negros. A cada 4 horas, um jovem negro morre violentamente em São Paulo. Aqui quem fala é Primo Preto, mais um sobrevivente.”

Expondo a violência, discriminação, racismo e falta de oportunidades, evidencia a gama de atitudes que interceptam a vida de jovens negros, com críticas ao sistema carcerário sanguinário e impiedoso. Apesar de lançado há mais de 20 anos, o contexto apresentado não muda do atual.

6 Art. 3^o Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

7 Art. 5^o 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: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Sabe-se que, apesar da vigência da Lei nº 7.716 de 1989, que determina o racismo como crime inafiançável, sua efetividade não é garantida para a população que é vítima de tal. A cor das pessoas tem sido um instrumento de discriminação do acesso à justiça, uma vez que os entes competentes – poder judiciário e policial - que deveriam garantir aplicação da lei igualmente perante a sociedade, por vezes, são os principais responsáveis por atos racistas.

Assim disserta Maschio (2006, p. 61-62):

[...] embora a Constituição Federal assegure o direito à ampla defesa e a igualdade entre todos os cidadãos, este preceito está longe de se tornar realidade, seja porque os negros tendem a encontrar maiores obstáculos no acesso à justiça ou por se encontrarem mais suscetíveis diante da pressão e perseguição policial ou da arbitrariedade judicial.

Situações sistemáticas são viabilizadas pela mídia, que denotam o racismo por trás de decisões, como no caso da magistrada Inês Marchalek Zarpelon, da 1ª Vara Criminal de Curitiba que fez uso da justificativa da pena do réu em razão de sua raça, conforme se segue:

Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente. (CURITIBA, 2020, p. 107)

Percebe-se que há uma seletividade penal, que se tornou intrínseca no sistema judiciário brasileiro, na medida em que os operadores de justiça criam desvantagens para os negros, que tendem a ser punidos de maneira mais severa em contrapartida dos réus brancos (ADORNO, 1996, p. 287-288).

Nessa perspectiva, o sistema penal, sendo a ferramenta de controle que o Estado utiliza para exercer seu poder de coerção, acaba por ser o eixo principal de manifestação dessas opressões. A atuação do judiciário se revela excludente em relação a esses sujeitos marginalizados. Vinculam imagens a uma série de desconfianças que são transmitidas a toda população, o que contribui para que o imaginário popular tome como legítima a personificação da criminalidade e a violência na camada negra.

Assim, há um maior rigor aos negros nos processos judiciais, o que se confirma e se torna evidente pelo majoritário número de negros no sistema carcerário brasileiro. Verifica-se que no período analisado de 2005 a 2012 existiram mais negros presos no Brasil do que brancos.

Conforme dados fornecidos pelo Governo Federal em 2015 sobre o “Mapa do Encarceramento”:

Em números absolutos: em 2005 havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos, ou seja, considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Já em 2012 havia 292.242 negros presos e 175.536 brancos, ou seja, 60,8% da população prisional era negra.

Além disso, consoante dados do Infopen trazidos por Calvi para a Comissão de Direitos

Humanos e Minorias (2018, n. p.), o número de pretos ou pardos corresponde a um total de 61,7% da população carcerária.

Não obstante, ressalta-se que 53,63% da população brasileira se identifica com tais características raciais. Continua Calvi que “Os brancos, inversamente, são 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral.”. Vislumbra-se, assim, que quanto mais cresce a população prisional no país, mais cresce também o número de negros encarcerados.

Como pauta Macaulay (2006, p. 16):

Esse aumento da população prisional, tanto em termos absolutos quanto em termos relativos, é menos o reflexo do crescimento das taxas criminais *per se* e mais o resultado de políticas e sentenças judiciais ou provimentos legais que aprisionam suspeitos e criminosos de forma rotineira.

É preciso frisar que quando são condenados por meio do que já foi mencionado, não é restrita apenas a liberdade, como também uma gama de direitos. No ano de 2016, conforme dados do Relatório Infopen-MJ, referente ao mês de junho, o Brasil possuía mais de 726 mil presos, destes mais de 40% sem julgamento, depreendendo um inegável encarceramento em massa e com superlotações por todo o país, já que há apenas vagas para metade dos presos, que são submetidos a condições subumanas de vida: pouca ventilação, falta de limpeza, remédios e com alimentação de péssima qualidade (CONNECTAS, 2020, n. p.).

Ainda, a falta de assistência de saúde nos presídios e as demais condições de vida que se carecem fomentam um verdadeiro genocídio aos reclusos, uma vez que uma pessoa encarcerada tem três vezes mais chances de morrer do que aquelas que não estão presas (CONNECTAS, 2020, n. p.).

Alves (2019, n. p.) descreve que a persistência do racismo enraizado:

revela uma episteme racial que nos remete aos discursos científicos do século XIX, e demonstra como nosso entendimento sobre crime, espaço e corpo marginais é baseado numa concepção racializada da lei e da ordem. Expressam, assim, ideologias de classe e pertencimento racial no poder judiciário.

De fato, o que se percebe é que o Estado criou outras regras para controlar a população negra sem deixar explícito o componente racial que segue sendo mascarado enquanto os direitos dos negros são restringidos e postos de modo desigual, fato esse que compromete a consolidação de um Estado Democrático de Direito. O sistema prisional acaba por ter seu papel como repressor de algumas raças ante seu devido objetivo de diminuir os altos índices de ocorrências criminais.

Wacquant (2001, p. 53) aponta que o caso do sistema carcerário brasileiro se assemelha com o norte-americano, posto que as prisões não estariam repletas de criminosos perigosos e violentos, mas de condenados por negócios com drogas, furto, roubo ou atentados à ordem pública, ou seja, condenados caracterizados por crimes não violentos.

O mesmo panorama ocorre com as mulheres, havendo predominância de negras no sistema prisional. Os dados carcerários femininos evidenciam a marginalidade e exclusão: a maioria delas não é branca – em relação à raça, cor ou etnia, destaca-se a proporção de mulheres negras presas, sendo duas em cada três. Em maioria, “possuem filhos, contam com baixo nível de escolaridade e salvo exceções, cometeram delitos de menor gravidade”, como tráfico de drogas, que muitas vezes acaba por ser a única forma de se obter uma fonte rentável para sobrevivência, uma vez que as oportunidades para elas são menores (ZANINELLI, 2015, p. 74).

Em acordo:

Tal desiderato corrobora com a ideia de que a prisão pode ser associada com a desigualdade social, discriminação e seletividade do sistema de justiça penal, que pune os mais vulneráveis de acordo com critérios relacionados à raça, renda e gênero (ESPINOZA *apud* ZANINELLI, 2015, p. 74).

Outrossim, a chamada Lei de Drogas, Lei nº 11.343 de 2006, contribuiu de maneira expressiva para que o número de mulheres presas aumentasse drasticamente. Em 2005, a população carcerária era de 12,9%, e no ano seguinte, que a lei foi instituída, 17,2%; já em 2016 essa taxa representa para 42,4% (INFOPEN *apud* FACCINI, 2019, p. 2).

Nesse cenário, a problematização da lei citada ocorre na medida em que deixa obscura e instável a regulamentação de maneira mais explícita para definir quem se encaixa como traficante e quem se encaixa como usuário. Por intermédio disso, fica a critério dos órgãos estatais responsáveis decidir que a mulher se enquadra como traficante ou usuária.

Nessa linha de raciocínio:

Um dos principais problemas punitivos do nosso tempo, responsável por um verdadeiro genocídio social, pela superlotação penitenciária, pela criminalização ascensional das mulheres e pelo fenômeno do aprisionamento cautelar em massa é a criminalização das drogas e especialmente do tráfico. (ANDRADE, 2013, p. 347)

Não obstante, entretantes à batalha contra o racismo, nessa condição também se inserem concepções machistas, que têm papel expressivo devido ao histórico de discriminação e preconceito sofrido pela mulher na sociedade ao longo da história.

Dados apresentados pelo Atlas da Violência de 2019 mostram que o padrão de vítimas por raça, indica superioridade dos homicídios entre os homens e mulheres negros em relação a homens e mulheres não negros (IPEA e FBSP, 2019, p. 71). O referido estudo revela ainda 75,5% das vítimas de homicídio no Brasil como sendo pessoas negras (IPEA e FBSP, 2019, p.49).

Assoma-se que o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019 mostrou que o problema de violência policial no Brasil é um problema crônico que tem crescido ano após ano (FBSP, 2019, p. 200). Por fim, o Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência, publicado em 2017, referente ao ano de 2016, trouxe que jovens negros do sexo masculino entre 15 e 29 anos têm, em

média, 2,71 chances a mais de morrer por homicídio do que os jovens brancos (BRASIL, 2017, p. 27).

Estes dados apontam que as instituições da segurança pública e da justiça criminal do país identificam este grupo da população como alvo de intenso controle flagrando em maior intensidade as suas condutas ilegais, com práticas que produzem violência e morte. A vigilância policial enfocada sobre a população negra culmina em mais possibilidade de confrontos entre agentes policiais e pessoas negras, resultando assim em elevado número de homicídios em decorrência da ação policial nos grupos negros (SINHORETTO *et. al. apud* BRASIL, 2015, p. 88)

Nota-se que o Estado frente ao discurso de segurança pública adotou uma espécie de necropolítica, fazendo um uso ilegítimo da força que se aplica somente para algumas pessoas e regiões. O direito de matar está estreitamente relacionado às “relações de inimizade” elegendo de forma ficcional, grupos inimigos. O racismo se demonstra como a máxima expressão na determinação entre aqueles que merecem viver e os que devem morrer (MBEMBE *apud* PEREIRA, 2019, n. p.).

No cenário brasileiro os eleitos para morrer estão concentrados em regiões subalternizadas que possuem densidade negra, como nas favelas e periferias. A violência policial advém em determinados locais e contra um grupo racial, como se possuíssem um prazo de validade e é influenciada por discursos de governantes autoritários que, com justificativas de segurança pública, seguem mascarando condutas de racismo e preconceito.

Embora o dever do Estado não seja o de operar a morte, mas sim o de preservar a vida dos cidadãos, o que se vê todos os dias é um Estado que adota a política do encarceramento, da morte e do extermínio. Não há nenhum tipo de serviço de inteligência de combate à criminalidade, por outro lado, o objetivo que se tem é a perseguição daquele considerado perigoso. Dessarte, quando essa política de morte é oficializada, significa dizer que o Estado faliu na sua função. Nessa linha de pensamento, salienta Foucault:

Como um poder como este [o biopoder]⁸ pode matar, se ele na verdade cuida essencialmente de majorar a vida, de prolongar sua duração, de aumentar suas chances, e afastá-la dos acidentes, de compensar suas deficiências? Como, nestas condições, é possível, para um poder político, matar, pedir a morte, causar a morte, fazer morrer, dar a ordem de matar, expor à morte não somente seus inimigos, mas também seus cidadãos? Como este poder que tem por objetivo fazer viver pode deixar morrer? (FOUCAULT *apud* BRANCO, 2015, p. 126).

Assim, concretizam-se atitudes policiais sem embasamento em critérios, fomentando valores e moralidades que produzem uma manutenção de filtragem racial. Alves (2019, n. p.) narra o seguinte exemplo: “Um memorando interno da Polícia Militar de Campinas (n. 8 BPMI 822/2012, do Comandante da 2ª Cia da PM), orienta os policiais militares a abordarem jovens negros nas

8 Para Michel Foucault, o termo “biopoder” refere à regulação dos sujeitos no estado moderno por meio de técnicas para controle das populações.

blitzes”. Corroborar com essa linha de pensamento a seguinte fala do tenente-coronel Ricardo Augusto Nascimento de Mello Araújo, comandante da Rota:

“É uma outra realidade. São pessoas diferentes que transitam por lá. A forma dele abordar tem que ser diferente. Se ele [policial] for abordar uma pessoa [na periferia], da mesma forma que ele for abordar uma pessoa aqui nos Jardins [região nobre de São Paulo], ele vai ter dificuldade. Ele não vai ser respeitado. Da mesma forma, se eu coloco um [policial] da periferia para lidar, falar com a mesma forma, com a mesma linguagem que uma pessoa da periferia fala aqui no Jardins, ele pode estar sendo grosseiro com uma pessoa do Jardins que está ali, andando. O policial tem que se adaptar àquele meio que ele está naquele momento.”(ADORNO, 2017, n. p.).

Citam-se aqui os casos de João Pedro, de 14 anos, baleado por policiais em São Gonçalo (UOL, 2020, n. p.); Agatha, 8 anos, morta no complexo do alemão por um tiro de fuzil disparado pela polícia, situação na qual a menina estava sentada em uma kombi ao lado de sua mãe no momento do disparo (EL PAÍS, 2019, n. p.); Marcos Vinicius, de 14 anos, morto no Complexo da Maré, com um tiro disparado pela polícia enquanto estava indo para a escola de uniforme e mochila (RJ2, 2018, n. p.); e Kauan Peixoto, de 12 anos, que caminhava com um amigo enquanto ia numa lanchonete, morto com dois tiros pela polícia (BARBON, 2019, n. p.). Esses feitos não podem ser considerados e não são mera coincidência de acidentes cometidos pela polícia.

Dos nomes citados, todos eram crianças ou pré-adolescentes que não haviam cometido nenhum crime. O que possuem em comum é o fato de serem negros residentes de regiões periféricas. São apenas exemplos de condutas que não estão preocupadas em buscar e punir criminosos, mas sim nitidamente um perfil de pessoa construída historicamente como inimiga da sociedade por meio de um racismo estrutural que impossibilita até hoje a conquista de status de liberdade e igualdade plenas.

De acordo com o princípio kantiano do direito, a liberdade de cada um deve poder se compatibilizar com igual liberdade de todos segundo uma lei universal (KANT, 2003, p. 76-77). Desta maneira, a liberdade só é objetivada como legítima quando oferecida a todos da mesma forma. É visível que no Brasil, isso ainda não foi alcançado.

Por esse ângulo, tem-se o seguinte:

As estatísticas mostram que as condições, formas de viver e a expectativa de vida de determinados indivíduos são condicionadas a critérios. Esses critérios são definidos e alimentados pelo Estado, que tem o sistema penal como ferramenta de controle e morte em massa de corpos negros (ZAFFARONI *apud* AMARAL e VARGAS, 2019, p. 106).

Vale salientar que o princípio da igualdade ocupa espaço claro na carta constitucional, sendo mencionada também no preâmbulo da Constituição. Assim sendo, é um princípio, direito e garantia para o qual todas as demais normas devem obediência. Entretanto, a concepção de liberdade e igualdade se restringe a raça, classe social, gênero e local de residência, não alcançando a consolidação de um Estado Democrático, existindo uma inconstitucionalidade por omissão.

4 A FALHA DO SISTEMA PRISIONAL

De acordo com a Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210 de 1984, além do caráter retributivo, a sanção penal ao condenado deveria ter como função ressocializar o detento e prestar condições a “harmônica integração do condenado ou do internado”, como dita seu artigo 1º⁹ (Brasil, 1984, n. p.).

A função primordial das instituições carcerárias seria a de executar uma engrenagem de atividades que visassem à reabilitação do detento, proporcionando, assim, condições suficientes para sua reinserção ao convívio social. Essa engrenagem de atividades deveria promover uma assistência penal culminando numa saúde de qualidade, assistência jurídica, educacional, profissionalizante, religiosa e laboral. Isso encontra base no fato de que o condenado está privado de liberdade, não de seus direitos humanos e fundamentais.

Entretanto, o que se vê nas prisões brasileiras é totalmente o contrário do que deveria estar acontecendo com base na norma positivada. Segundo dados do jornal Gazeta do Povo, no Paraná, cerca de 1.330 presos cumprem pena em situação irregular (RIBEIRO, 2013, n. p.). A falta de estrutura e de investimentos no sistema faz com que condenados tenham que trocar do regime semiaberto para o regime fechado.

Nessa perspectiva, é notório que a necropolítica brasileira não se preocupa em pôr em prática a LEP aos seus centros penitenciários. O racismo institucional, o qual é o que mais prende a população negra, não permite que os direitos fundamentais dos presos sejam garantidos. O intuito atual do sistema é o de encarceramento em massa da população negra e de sua dizimação e exclusão de qualquer possibilidade de reinserção social.

Sucedem-se que os agentes envolvidos na execução penal e os operadores responsáveis pela positivação das ações demonstram a falta de estrutura humana e física para a implementação integral dos serviços trazidos em lei. A assistência aos presos é escassa e diversos direitos são usados como representantes de fatores de privilégio, fontes de escambo, de controle e de poder no ínterim das bases prisionais. A segurança estrutural das prisões é formada com base num rígido controle disciplinar, produzido através do uso ilegítimo da força.

Um dos grandes problemas do sistema prisional brasileiro é que antes que seja colocado em prioridade o que realmente deveria ser relevante, como os serviços de assistência, o que é colocado no topo da pirâmide é a segurança, diversas vezes de forma exacerbada por crime menores, como supracitado. As equipes são instruídas a executar ações que não deveriam entrar em

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

detrimento com as regras e normas estabelecidas por lei, porém que, lamentavelmente, entram.

Assim, ao decretar a pena de prisão através do juiz, o Estado formaliza e consagra uma relação antagônica entre o condenado e a sociedade. As consequências desse caráter da pena de prisão podem chegar a ser, profundamente, nocivas para a mente e para a vida do condenado. Sua recuperação deveria ser uma reintegração para a sociedade, que só será possível a partir do momento da resolução desse antagonismo e a superação desse embate.

Destaca-se que a vida do cárcere, para os presos, é uma vida em massa, que gera uma grande desorganização da sua personalidade, fonte base do processo prisional. Esse processo de prisionização causadora da desorganização da personalidade traz diversos efeitos, tais como: a perda de identidade do preso, a sensação de inferioridade em relação aos outros, a deterioração da psique, uma nova identidade fruto de uma infantilidade gerada por uma regressão psíquica, entre diversos outros fatores que contribuem para essa mudança brusca na personalidade. Consequentemente, o empobrecimento da psique faz com que o recluso estreite seu horizonte psicológico, gerando uma diminuição dos seus sentimentos empíricos e a dificuldade no planejamento de ações a médio e longo prazos.

Nesse sentido, diz Baratta que o melhor cárcere é aquele que não existe, e que o cárcere será tanto melhor quanto menos cárcere for. Portanto, a pena de prisão e o cárcere são males necessários, por outro lado isso não nos autoriza a nos acomodar, mas, pelo contrário, devemos estar sempre conscientes da necessidade de tornar o cárcere, na máxima possibilidade, sempre menos cárcere, através de complexas estratégias de individualização da execução da pena, cuja política entra em choque com a política de enrijecimento da segurança e da necropolítica (BARATTA *apud* SÁ, 2005, p. 10).

Além disso, segundo dados de 2017 da Câmara dos Deputados, quatro Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) já investigaram o sistema prisional brasileiro nos últimos 40 anos, tendo sido a primeira em 1976, com o intuito não oficial de conhecer as condições dos presos políticos no Regime Militar iniciado em 1964, e a última em 2015 (MIRANDA, 2017, n. p.).

Em todas essas investigações foram debatidos temas como presos provisórios, os já condenados pela Justiça, que se amontoam em condições inumanas, nas quais reina um sistema exclusivo de convivência, baseado na máxima aversão a vida. Algumas dessas CPIs que ocorreram ao longo dos anos ajudaram a mudar a legislação penal com a criação, por exemplo, da supracitada LEP, dos juizados especiais criminais e cíveis (Lei nº 9.099 de 1995) e do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN, Lei Complementar nº 79 de 1994).

O presidente da CPI do Sistema Carcerário de 2015, deputado Alberto Fraga (DEM-DF) relata que as discussões e sugestões sobre o tema no Congresso Nacional abririam a possibilidade

de solucionar os problemas originados pelas rebeliões no ambiente carcerário: “O assunto é tão grave que foi motivo de duas CPIs em menos de dez anos. E o que deixou todos nós de forma insatisfeita é que o ministro da Justiça ignorou as propostas feitas pela CPI do sistema prisional” (MIRANDA, 2017, n. p.).

Após quatro meses de trabalho, a comissão apresentou vinte projetos. Dentre estes, algumas propostas procuram transferir recursos do FUNPEN para estados e municípios terem mais recursos para presídios locais. Entre outros projetos, salienta-se regulamentação da audiência de custódia, essa que hoje é utilizada em todo o país com base na positivação de norma do Conselho Nacional de Justiça. Essa audiência consiste na apresentação do preso em flagrante a um juiz em até 24 horas para definir se a prisão será mantida, retirada ou transformada em outra medida, como pagamento de fiança.

Já para o deputado Padre João (PT-MG), que presidiu a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara em 2016, o Judiciário não aprecia as penas alternativas e preza pelo encarceramento em massa da população, em sua maioria negra. Ele critica que até sair a condenação o indivíduo, ele está lá preso há mais de um ano, o que vai de encontro a tão necessária celeridade processual (MIRANDA, 2017, n. p.).

Continuando, do total de 622 mil presos, aponta-se que 40% são pessoas encarceradas sem sentença judicial, ou seja, um total de 250 mil pessoas. Esse percentual é semelhante ao do déficit de vagas nas prisões, ou seja, quase 40% das pessoas encarceradas estão presas antes do trânsito em julgado, mostrando, assim, o fracasso do sistema (MIRANDA, 2017, n. p.).

O Projeto de Lei nº 8.405, de 2010, elaborado por uma comissão de juristas e já aprovado pelo Senado, almeja reformar o Código de Processo Penal (CPC), sendo essa uma possível solução para o excesso de presos provisórios. Não obstante, tramitam também outras 199 propostas sobre o assunto.

Para o relator da proposta, deputado João Campos (PRB-GO), os pressupostos para prisão preventiva precisam ser revistos, conforme o seguinte trecho:

“Garantia da ordem pública é um conceito aberto que deixa o juiz à vontade em qualquer situação que lhe convier”, afirmou. Segundo ele, com um regramento mais claro e detalhado, o juiz não poderá mais “esquecer” um preso provisório no presídio. “Ele vai ter que dar uma solução para aquela prisão temporária. E certamente isso amenizará a questão carcerária”, afirmou (MIRANDA, 2017, n. p.).

Por outro lado, o projeto de lei que aperfeiçoa a LEP, mesmo já aprovado pelo Senado, está parado na Câmara dos Deputados desde 2017 (BRASIL, 2019, n. p.). A proposta tem por objetivo atacar os inúmeros problemas enfrentados pelo sistema prisional brasileiro, como a superlotação carcerária, a informatização e a real ressocialização dos presos.

Em seu informe, o Senado Federal informa sobre o referido projeto:

Em 19 de dezembro de 2018, o projeto foi um dos temas da sabatina da conselheira Maria Tereza Uille Gomes — que fez parte da comissão de juristas responsável pelo projeto original (PLS 513/2013) — em sua recondução ao Conselho Nacional de Justiça. Em seu entendimento, a aprovação do projeto seria importante para a gestão do sistema prisional. Ela destacou no novo texto a prerrogativa do Supremo Tribunal Federal sobre o controle de superlotação em presídios (BRASIL, 2019, n. p.).

De mesma forma, existem outros projetos em tramitação no Senado que têm como objetivo alterar a LEP. Até o presente momento, destaca-se o que mais avançou foi o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 580 de 2015, do senador Waldemir Moka (MDB-MS), que obriga o preso a ressarcir o Estado das despesas com sua manutenção. A proposição aguarda votação em Plenário e, se aprovada, segue para a Câmara dos Deputados (BRASIL, 2019, n. p.).

Além, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), dois projetos já têm pareceres prontos para votação: o PLS nº 148 de 2015, de autoria do senador Otto Alencar (PSD-BA), que modifica a progressão de regime aos condenados reincidentes; e o PLS nº 207 de 2017, do senador Lasier Martins (PSD-RS), que estabelece como falta grave por parte do condenado a inobservância do perímetro de inclusão determinado pela monitoração eletrônica (BRASIL, 2019, n. p.).

Outrossim, o PLS nº 490 de 2018, apresentado pela CPI dos Maus-tratos, que diz respeito ao sistema carcerário e visa restringir as visitas de crianças e adolescentes a condenados por crimes hediondos, aguarda relator na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) (BRASIL, 2019, n. p.).

5 CONCLUSÃO

Mediante os fatos supracitados, percebe-se que o histórico brasileiro se ordenou a partir de um sistema que consolidou o racismo como algo intrínseco e que perpetua até os dias atuais de maneiras que podem ser consideradas inconstitucionais, uma vez que os direitos dos negros não são garantidos e respeitados perante esferas estatais, como o judiciário e força policial.

Nesse viés, o racismo penetrou nessas instituições, que ainda conservam uma visão retrógrada na qual o negro é visto como um ser inferior aos demais, deixando de lado o que a lei prescreve que seja seguido, optando por uma função objetiva que visa à perseguição daqueles classificados como “suspeitos” a partir de critérios e estigmas reproduzidos socialmente, coibindo um sistema penal que criminaliza determinados indivíduos e se justifica pela porcentagem de negros encarcerados, bem como o grande número de mortos por perseguições raciais concretizadas pela polícia. Esses critérios são claros e diretos: jovem negro e com sinais indicativos de que pertence à periferia.

Assim, vê-se uma seletividade racial que não possibilita o alcance de uma sociedade democrática, uma vez que os negros ainda têm seus direitos da mesma maneira que os cidadãos brancos. Dessa forma, não há respeito aos direitos fundamentais, que devem abranger todo e qualquer indivíduo, independente de raça ou condição social.

Desse modo, é preciso alterar esse paradigma no qual o negro posa como vítima graças à política de encarceramento em massa, por meio de projetos de lei que tenham o intuito de garantir os direitos humanos e fundamentais do preso, como também buscar formas de fiscalizar as práticas de juristas para que esses não hajam de forma persecuidora aos negros, como ocorre. Ademais, faz-se imperioso que se transforme o cenário existente de uma necropolítica que se efetua diariamente no Brasil, com ares de legalidade e segurança pública, que tem perpetuado um verdadeiro genocídio racial.

Portanto, o que foi apresentado possui notória relevância no momento atual, devendo ser pautado a fim de afastar o padrão de racismo que segue sendo mascarado por parte dos poderes públicos, bem como do sistema penal que não tem buscado acabar com a criminalidade, mas que reforça a perseguição de determinados grupos. Através desses questionamentos, buscando a efetivação dos direitos e de um sistema punitivo e de segurança pública justos, torna-se possível dialogar sobre uma sociedade pautada em igualdade e isonomia.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Luís. **Abordagem nos Jardins tem de ser diferente da periferia, diz novo comandante da Rota**. São Paulo: UOL, 2017. Disponível em:

<<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/24/abordagem-no-jardins-e-na-periferia-tem-de-ser-diferente-diz-novo-comandante-da-rota.htm/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

ADORNO, Sérgio. Racismo, criminalidade violenta e Justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. *In: Revista Estudos Históricos*. v. 9. n. 18. 1996. p. 283-300. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2034>>. Acesso em: 12 out. 2020.

ALVES, Dina. Perversidade e racismo na justiça penal. *In: IV Encontro da Agenda pelo Desencarceramento: partilhas e articulações futuras*. Fortaleza, 2019. **Agenda Nacional pelo Desencarceramento**. São Paulo: Pastoral Carcerária – CNBB, 2019. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento/dina-alves-perversidade-e-racismo-na-justica-penal>>. Acesso em: 9 set. 2020.

AMARAL, Augusto Jobim do; VARGAS, Melody Claire Schmidt. Necropolítica, racismo e sistema penal brasileiro. *In: Revista de Direito*. Viçosa: UFV – Universidade Federal de Viçosa, 2019. v. 11. n. 1. p. 103-143.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A mudança do paradigma repressivo em segurança**

pública: reflexões criminológicas críticas em torno à proposta da 1ª Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. Florianópolis: Sequência, 2013. n. 67. p. 335- 356. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p335>>. Acesso em: 13 out. 2020.

BARBON, Júlia. **Menino de 12 anos morre após ser baleado durante operação da polícia no Rio**. Rio de Janeiro: Folha de S.Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/menino-de-12-anos-morre-apos-ser-baleado-durante-operacao-da-policia-no-rio.shtml>>. Acesso em: 28 set. 2020.

BRANCO, Guilherme Castelo. Governamentalidade, excessos do poder, lutas pela vida. In: **Ideação:** Revista do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas Filosóficas da Universidade Estadual de Feira de Santana. UEFS – Universidade Estadual de Feira de Santana: Feira de Santana, 2015. v. 1. n. 1. p. 122-133.

BRASIL. **Aprovada no Senado, reforma na Lei de Execução Penal combate superlotação carcerária**. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/18/aprovada-no-senado-reforma-na-lei-de-execucao-penal-combate-superlotacao-carceraria>>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (Constituição Federal). Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)** (Constituição de 1824). Planalto. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. **Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890** (Código Penal de 1890). Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. **Índice de vulnerabilidade juvenil à violência 2017:** desigualdade racial, municípios com mais de 100 mil habitantes. São Paulo: FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em:

<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/10/FBSP_Vulnerabilidade_Juveni_Violencia_Desigualdade_Racial_2017_Relat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. **Lei complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994** (FUNPEN). Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp79.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850** (Lei de Terras). Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888** (Lei Áurea). Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984** (Lei de Execução Penal). Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006** (Lei de Drogas). Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995** (Lei dos Juizados Especiais). Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres – junho de 2014**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2015. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/89>>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 148 de 2015** (Reforma da Lei de Execução Penal). Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120271>>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 207 de 2017** (Reforma da Lei de Execução Penal). Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129781>>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 580 de 2015** (Reforma da Lei de Execução Penal). Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123021>>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010** (Reforma do Código de Processo Penal). Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 13 out. 2020.

CALVI, Pedro. **Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão**. Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados: 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 12 out. 2020.

CARRIL, Lourdes de Fátima Bezerra. **Quilombo, favela e periferia: a longa busca da cidadania**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

- CONNECTAS Direitos Humanos. **Dados**. Carcerópolis: São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://carceropolis.org.br/dados/>>. Acesso em: 22 set. 2020.
- CURITIBA, Paraná, Brasil. Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba-PR, 1ª Vara Criminal. Autos nº 0017441-07.2018.8.16.0196. Sentença condenatória. Justiça Pública e Ademilson Antônio Marcelino e outros. Juíza de Direito: Inês Marchalek Zarpelon. 19 de junho de 2020. **PROJUDI**. Curitiba, 2020, 115 p.
- ÉL PAIS. **Ágatha Félix, 8, a mais nova vítima da violência armada que já atingiu 16 crianças no Rio neste ano**. Rio de Janeiro: El País, 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/21/politica/1569099826_106579.html>. Acesso em: 28 set. 2020.
- FACCINI, Gabriela. **A população carcerária feminina negra e a Lei n. 11.343/06**: as conseqüências na prática penal. Teresina: Revista Jus Navegandi, 2019. n. 5895. ano 24. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75940>>. Acesso em: 13 out. 2020.
- FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difel, 1972. p. 47.
- FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública 2019**. FBSP, 2019. ano 13. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2020.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global, 2003. 48. ed. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/229395/mod_resource/content/1/Gilberto%20Freyre%20-%20Casa-Grande%20e%20Senzala%20%281%29.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.
- FRY, Peter. Cor e Estado de Direito no Brasil. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). **Democracia, violência e injustiça: o não estado de direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 207-231.
- GANDRA, Alana. **Moradores do asfalto têm visão preconceituosa de favelas, mostra pesquisa**. Rio de Janeiro: Agência Brasil, 2015. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-02/moradores-do-asfalto-tem-visao-preconceituosa-em-relacao-favelas>>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- GOVERNO Federal. **Mapa do Encarceramento aponta**: maioria da população carcerária é negra. GOV.BR: 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias_sep/pt-br/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1>. Acesso em: 24 set. 2020.
- IPEA; FBSP. **Atlas da Violência 2019 – IPEA e FBSP**. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/12/atlas-2019>>. Acesso em: 08 set. 2020.
- IPEA et al. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. Brasília: IPEA, 2011. 4. ed. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes**: Contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. São Paulo: Edipro, 2003.

MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de. (Org). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo o seu papel? São Paulo: Contexto, 2006. 1. ed.

MASCHIO, Cristiane Vieira. **A discriminação racial pelo sistema de justiça criminal: uma análise sob a luz do princípio da igualdade e do acesso à justiça**. 83 p. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG, Belo Horizonte, 2006. [Orientadora: Prof. Dra. Rita de Cássia Fazzi]. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MaschioCV_1.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. São Paulo: n-1 Edições, 2018. 3. ed. Resenha de: PEREIRA, Juliana Martins. A teoria da necropolítica e a colonialidade no Brasil contemporâneo. Porto Alegre: **Horizontes Antropológicos**, 2019. v. 25. n. 55. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832019000300367>. Acesso em: 13 out. 2020.

MIRANDA, Tiago. **Quatro CPIs já investigaram o sistema penitenciário brasileiro**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/507945-quatro-cpis-ja-investigaram-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>>. Acesso em: 28 set. 2020.

NASCIMENTO, Abdias. **O Genocídio do Negro Brasileiro: Processo de um Racismo Mascarado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 71.

PRADO JÚNIOR, Caio da Silva. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

RACIONAIS MC's. **Sobrevivendo no Inferno**. São Paulo: Cosa Nostra, 1997. 1 disco sonoro (1h, 12min e 47s).

RIBEIRO, Diego. **No PR, 1.330 presos cumprem pena em situação irregular**. Gazeta do Povo, 2013. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/no-pr-1330-presos-cumprem-pena-em-situacao-irregular-529le62frqhcyc2nrhkfyzplce/>>. Acesso em: 28 set. 2020.

RJ2. **Adolescente morto na Maré foi atingido por disparo pelas costas, diz laudo**. Rio de Janeiro: G1, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/adolescente-morto-na-mare-foi-atingido-por-disparo-pelas-costas-diz-laudo.ghtml>>. Acesso em: 28 set. 2020.

RODRIGUES, Raimundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/h53wj/pdf/rodrigues-9788579820755.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2020.

SÁ, Alvino Augusto de. **Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário**. Santana: Secretaria da Administração Penitenciária SAP, 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13250-13251-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2020.

SCHWARCZ, Lilia Mortiz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 38.

UOL. **João Pedro foi baleado pelas costas, aponta laudo cadavérico**. UOL, 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/05/28/joao-pedro-foi-baleado-pelas-costas-aponta-laudo-cadaverico.htm>>. Acesso em: 28 set. 2020.

WACQUANT, Loïs. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 2. ed.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 5. ed.

ZANINELLI, Giovana. **Mulheres encarceradas: Dignidade da pessoa humana, gênero, legislação e políticas públicas**. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, 2015. [Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos de Souza]. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/6854-giovana-zaninelli/file>>. Acesso em: 12 out. 2020.

USO DE ENTORPECENTES E OS CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE OS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 28 E 33 DA LEI 11.343/06 À LUZ DA SELETIVIDADE PENAL

Renan Ribeiro SOARES¹
Karine CORDAZZO²

RESUMO

O presente artigo científico busca abordar, de forma breve, com base teórica na criminologia crítica, o uso e tráfico de entorpecentes na perspectiva do direito penal, o contexto histórico da criminalização das drogas e a seletividade penal no encarceramento por meio dos delitos previstos nos artigos 28 e 33 da Lei n. 11.343/06 (Nova Lei de Drogas). Com efeito, o estudo mostra a seleção do sistema jurídico penal brasileiro, resultante de um processo histórico, na distinção entre a figura de traficante e consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Seletividade Penal; Criminalização das drogas; Lei de Drogas;

ABSTRACT

This scientific article seeks to briefly address, based on critical criminalistics, the use and trafficking of narcotics from the perspective of criminal law, the historical context of drug criminalization and criminal selectivity without incarceration through crimes evaluated in articles 28 and 33 of Law no. 11.343/06 (New Drug Law). In effect, the study shows a criminal selection of the Brazilian penal legal system, because of a historical process, in the distinction between a figure of a drug dealer and a consumer.

KEYWORDS: Criminal Selectivity; Criminalization of drugs; Drug Law;

INTRODUÇÃO

De antemão, para evitar interpretações ambíguas, cumpre orientar que sempre que os termos “droga”, “entorpecente” e/ou “substâncias entorpecentes” forem utilizados neste estudo, serão compreendidos como a definição adotada pela Organização Mundial de Saúde: “qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas produzindo alterações em seu funcionamento.” (OMS, 1993).

Pois bem. A temática das drogas e sua criminalização é envolta de polêmicas, principalmente, no que tange às políticas repressivas adotadas. Diante da criminalização das substâncias entorpecentes na sociedade contemporânea (século XX), mais precisamente no tocante ao Brasil, a partir da década de 40, veio sendo introduzido um discurso médico-jurídico-político a respeito do consumo de drogas. Dessa forma, a partir da construção desse discurso, foram impostos

1 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade de Dourados. E-mail: renan.ribeiro.1999@gmail.com

2 Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Docente do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: karine.cordazzo@hotmail.com.

estereótipos e estigmas sociais sobre as drogas e quem as consome. Portanto, observa-se um contexto histórico construído com o objetivo de malograr as substâncias entorpecentes frente a sociedade e criminalizar o seu uso.

Após esta construção histórica, em 2006, na esperança de reduzir, a longo prazo, o encarceramento brasileiro relativo ao consumo e tráfico de drogas, foi introduzida a Nova Lei de Drogas, trazendo novidades em relação as leis anteriores. Pode-se dizer, genericamente, que a referida lei promoveu uma “descriminalização” do consumo de drogas, pois já não impunha mais pena privativa de liberdade à conduta.

A Lei n. 11.343/06, ao não criminalizar com pena privativa de liberdade o usuário de droga, passou a criar uma distinção (teórica) entre consumo e tráfico. Ou seja, de acordo com o que propunha a lei, o consumidor de droga não poderia mais ser tratado e penalizado da mesma forma que o traficante, que sob influência histórica, é tido como grande inimigo interno da sociedade.

No entanto, a novidade trazida por esta lei não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do traficante de substâncias entorpecentes, questão essa, que fica sob a influência da seleção penal, resultante de um contexto histórico criminalizador e repressivo em relação às drogas.

Sob este cenário legislativo, o estudo faz uma reflexão a respeito da desigualdade no sistema penal ao tentar distinguir os crimes de tráfico (penalizado com sanção privativa de liberdade) e de consumo de drogas (penalizado com penas alternativas).

1. CONTEXTO HISTÓRICO

Ao presente estudo faz-se necessário discorrer, de forma breve, sobre o contexto histórico acerca do conceito inaugural das políticas de repressão às drogas no Brasil e a sua abordagem na legislação. Ou seja, explanar, com base em fundamentos teóricos, por quais motivos levaram o país ao atual cenário legislativo sobre substâncias entorpecentes. Isto, para que seja possível elucidar o contexto em que o país estava inserido quando surgiram as primeiras políticas proibicionista de drogas e quais eram os interesses por trás disso.

O primeiro Código Criminal³ brasileiro, conhecido como o Código do Império, datado de 1830, foi omissivo quanto à abordagem do uso de drogas, não sendo possível encontrar nenhuma tipificação quanto à matéria. Assim, a problemática só foi tipificada pela primeira vez no âmbito jurídico brasileiro com o advento do Código Criminal de 1890, em que regulamentava os crimes contra a saúde pública e, em seu artigo 159, o tipo penal: “expor à venda, ou ministrar, substancias

³ Na época, era utilizado o termo “criminal”. O primeiro Código Penal, de fato, foi criado em 1940 durante o governo de Getúlio Vargas pelo decreto n. 2.848/40, o qual ainda segue em vigência no país.

venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$000 a 500\$000” (PIERANGELI, 2011, p. 350).

Já no início do século XX, talvez sob influência dos clubes de toxicômanos em Paris⁴, houve aumento expressivo no consumo de ópio e de haxixe, sobretudo no meio intelectual e entre os membros da burguesia da cidade do Rio de Janeiro e São Paulo, o que incentivou a edição de novos regulamentos sobre o uso e a venda de substâncias psicotrópicas (CARVALHO, 2016).

Ocorre que o fato de as incriminações terem se estendido, somado à substituição do termo “substâncias venenosas” por “substâncias entorpecentes”, mais a previsão de penas carcerárias, bem como as determinações formais de venda e subministração ao departamento Nacional de Saúde, cumulativamente, acarretariam na formação de um novo modelo repressivo, tendo seus fundamentos nos Decretos n. 780/36 e n. 2.953/38, marcando seu início na luta contra as drogas no Brasil.

O Decreto-Lei n. 2.953 de novembro 1938, inspirado na Convenção de Genebra, incorporava ao positivismo jurídico um rol de substâncias classificadas como tóxicas (entorpecentes) e estabelecia normas que regulassem sua produção, comercialização e consumo, prevendo, inclusive, a internação e a interdição civil do toxicômano.

Diante do cenário legislativo brasileiro sobre entorpecentes à época, Salo de Carvalho esclarece:

[...] é lícito afirmar que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de política proibicionista sistematizada. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito. (CARVALHO, 2016).

Ainda, a respeito da formação de um sistema de repressão às drogas até o final da década de 30, comenta:

No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto -Lei 891/38). A edição do Decreto - Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes. (CARVALHO, 2016).

Com a introdução do Código Penal Brasileiro de 1940, especificamente no que diz respeito ao artigo 281 (que dispõe sobre entorpecentes) e sua manutenção nos anos seguintes pelo Decreto-

4 À época, Paris era como um espelho cultural e mantinha grande influência sobre a cultura, arquitetura, arte e moda dos grandes centros urbanos brasileiros, em especial do Rio de Janeiro.

Lei n. 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo) e pela Lei 4.451/64 (que introduz ao art. 281 a ação de plantar), inicia-se, segundo Salo de Carvalho, “um amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal).” (CARVALHO, 2016).

Em face do consumo de drogas, sobretudo, do ópio e, principalmente, por estar restrita entre grupos sociais “desviantes”, foi sendo construído o estereótipo moral do consumidor e potencializado o discurso de leis penais repressivas contra as substâncias entorpecentes na década de 50. Apesar disso, aponta Salo de Carvalho que:

o ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de combate às drogas ocorrerá somente após a instauração da Ditadura Militar, com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, subscrito por Castello Branco. (CARVALHO, 2016).

Nesse contexto, ao decorrer dos anos, o estereótipo malgrado do consumidor foi sendo avigorado, conforme leciona Rosa del Olmo, ao dizer que:

O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família” (OLMO, 1990, p. 34)

Pois bem. Diante dessa perspectiva de luta entre bem (sociedade) versus mal (drogas), mesmo contrariando a orientação internacional e rompendo com o discurso da diferenciação (entre traficante/usuário), foi publicado o Decreto-Lei n. 385/68 para modificar o art. 281 do Código Penal. Desse modo, passou-se a criminalizar o usuário com a mesma pena aplicável ao traficante⁵, incluindo a seguinte redação:

Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente [...] traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. - Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. (BRASIL, 1968).

Após a vigência do decreto n. 385/68, o sistema repressivo penal passou a se adequar às orientações internacionais com a introdução da Lei n. 5.726/71, marcando por definitivo a descodificação da matéria. Nota-se, então, que a referida lei redefine as hipóteses de criminalização e modifica os ritos processuais. Todavia, segundo Carvalho (2016), “o fato de não mais considerar o dependente como criminoso escondia faceta perversa da Lei, pois continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade [...]”. E ainda pontua:

5 Anterior ao Decreto-Lei n. 385/68, o disposto no artigo 281 do Código Penal, em decorrência do princípio da taxatividade, estabelecia a punição exclusiva do comerciante de drogas.

a 'Lei Antitóxicos' [Lei 5.726/71] deixou a desejar porque quando todos esperavam que o tratamento punitivo para o consumidor da droga, que a trouxesse consigo, desaparecesse ou fosse bem menor do que o dispensado ao traficante – apenas para justificar a imposição da medida de segurança –, ambos continuaram a ter idêntico apenamento. E agora, com pena ainda maior: reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, e multa. (CARVALHO, 2016 apud Fayet DE SOUZA, 1972, p. 58-59).

Além disso, Salo de Carvalho leciona que não há grande distinção entre a redação dada ao artigo 218 pela Lei n. 5.726/71 e a redação conferida anteriormente pelo decreto n. 385/68, a não ser no que diz respeito à graduação das penas. Ou seja, as modificações realizadas no âmbito legislativo em relação as substâncias entorpecentes, até aqui, só mostraram o crescimento do discurso médico-jurídico (usuário como dependente e traficante como delinquente) tão utilizado na década de 60.

A partir da Lei 6.368/76, ocorre a instauração de um modelo jurídico-político de repressão às drogas, de acordo com as orientações político-criminais dos países centrais, fundadas nos tratados e convenções internacionais. Nesse momento, é interesse do Estado uma maior rigidez na punição dos delitos da redação do artigo 218 do Código Penal, “cujo efeito reflexo será a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do *narcotraficante*” (CARVALHO, 2016).

Diante do fracasso das políticas criminais de repressão às drogas⁶, em especial no território dos Estados Unidos da América, há um projeto repressivo externo estadunidense “em que se percebe a culpabilização dos países produtores pelo consumo interno, ou seja, a criminalização do estrangeiro reforça a vitimização doméstica” (CARVALHO, 2016). Desse modo, o discurso americano de repressão externa refletiu diretamente nas políticas de segurança pública dos países da América Latina.

Neste contexto, vale o registro sobre o fenômeno repressivo na América Latina trazido pela criminóloga venezuelana, Rosa Del Olmo:

O discurso dos primeiros anos da década de setenta [...] implementa o estereótipo político-criminoso, embora de maneira difusa, porque o problema doméstico se agravava e era preciso fazer algo para acalmar a opinião pública. Por exemplo, em 1970 havia 68 mil 894 viciados registrados, enquanto em 1971 a cifra aumentou para 490 mil 912 heroínômanos. Evidentemente o consumo se estendia a todo tipo de droga [...] As primeiras medidas internas da época dentro dos Estados Unidos tinham a ver com o discurso jurídico, mediante a **criação de uma série de leis severas**, como por exemplo o Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act, o Controlled Substances Act, o Racketeer Influenced and Corrupt Organization Statute, ou o Continuing Criminal Enterprise Statute. Ao mesmo tempo, se criaria toda uma série de escritórios federais até culminar com o surgimento, em 1973, da Drug Enforcement Agency, posteriormente Drug Enforcement Administration ou DEA, ligada ao Departamento de Justiça, que fundiria vários escritórios federais criados anteriormente para convertesse no organismo responsável pela coordenação e implementação das funções de informação e investigação relacionadas com a repressão às drogas ilícitas. Assim disse Nixon ao referir-se a ela: “A consolidação de todas as forças antidrogas sob um comando único unificado” [...] Como temos assinalado,

6 “[...] segundo as agências centrais, sobretudo as norte-americanas, apesar dos esforços repressivos da política externa, a dimensão do problema se agravava visto a não redução dos índices de consumo e comércio domésticos” (CARVALHO, 2016).

com Nixon começa a se exportar a aplicação da lei em matéria de drogas, isto é, a legitimar o discurso jurídico-político e o estereótipo político-criminoso da droga além das fronteiras dos Estados Unidos. [...] A opinião pública seguia considerando a droga como “inimigo”, mas o critério de segurança se tornava incerto. Qualificava-se a droga de inimigo interno ou inimigo externo; tudo dependia do contexto. (OLMO,1990, p. 42-44, grifo nosso).

Ainda, segundo OLMO (1990, p.46), o discurso jurídico-político contribuiu para a produção de resultados desastrosos, sendo imposta toda a responsabilidade às periferias. Isto, porque “estavam sendo importados, e sendo impostos, discursos alheios que não levavam em conta nem a diferença entre as drogas, nem entre os grupos sociais”, contribuindo, então, cumulativamente, ao aumento do consumo de drogas, para a criminalização das periferias.

Portanto, quanto ao aspecto político-criminal da Lei n. 6.368/76, conclui Salo de Carvalho (2016), ao dizer que: “manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente”. Ainda, com o discurso jurídico-político sendo introduzido gradualmente no plano de segurança pública, a figura do narcotraficante é associada, politicamente, ao estereótipo de inimigo interno, o que justifica, segundo CARVALHO (2016), “as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de 1970.”

Além disso, a diferenciação no trato penal do sujeito criminalizado em realidades sociais divergentes – o que, mais tarde, pode-se chamar de seletividade penal – é tida como efeito reflexo da política proibicionista implementada a partir do início da ditadura militar. Nessa perspectiva, cabe citar a constatação da criminóloga e pesquisadora Vera Malaguti Batista (1998, p. 74) sobre a criminalização da juventude pobre por meio da imposição do estereótipo delitivo, na qual “aos jovens de classe média, que a consomem [cocaína], aplica-se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que a comercializam, o estereótipo criminal”.

As conclusões de Rosa del Olmo sobre o consumo de maconha na América Latina também ecoam nesse sentido, afinal, “tudo dependia na América Latina de quem a consumia [droga]. Se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram os ‘meninos de bem’, a droga os tornava apáticos” (CARVALHO, 2016 apud OLMO, p.46).

Outrossim, o professor Loïc Wacquant, ao abordar a matéria de modo análogo com a realidade estadunidense, encontra os mesmos reflexos da política repressiva às drogas na criminalização das periferias. Aponta WACQUANT (2003, p. 11):

Lá como cá, a "guerra contra as drogas" é o leitmotiv do funcionamento da máquina mortífera. No Rio de Janeiro, a criminalização por drogas passa de cerca de 8% em 1968 e 16% em 1988 a quase 70% no ano 2000. Lá como cá, a clientela do sistema penal é recruta

da no exército de jovens negros e/ou pobres (ou quase negros de tão pobres), lançados à própria sorte nos ajustes econômicos que as colônias sofreram naquela que ficou conhecida como a "década perdida". A continuidade do fracasso retumbante das políticas criminais contra drogas só se explica na funcionalidade velada do gigantesco processo de criminalização gerado por ela. As prisões do mundo estão cheias de jovens "mulas", "aviões", "olheiros", "vapores", "gerentes" etc.

Portanto, a partir das próximas décadas, cumulado com o aumento do uso de substâncias entorpecentes, percebe-se que o discurso médico-jurídico e jurídico-político irá contribuir ainda mais para uma criminalização através da imposição do estereótipo delitivo, o que se pode chamar de seletividade penal.

2. A TIFICAÇÃO DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI 11.343/06

Apesar de herdar a mesma sistemática de classificação das substâncias entorpecentes e, por conseguinte, os mesmos discursos referentes a Lei 6.368/76, a “Nova Lei de Drogas” (Lei n. 11.343/06), introduzida em outubro de 2006, buscou trazer inovações em relação ao tratamento penal do usuário de substâncias entorpecentes.

Nos artigos 28 e 33 da Nova Lei de Drogas são abordados os delitos relativos à figura do consumidor e do traficante, respectivamente. No que diz respeito a tipificação penal do artigo 33, não há grandes mudanças em relação a lei anterior, pois a figura do traficante ainda é tachada consoante os estereótipos herdados do discurso médico-jurídico e jurídico-político, impondo à figura criminalizada, pena de reclusão de cinco a quinze anos e mais o pagamento de 500 a 1.500 dias multa. Nesse sentido, portanto, pode-se dizer que houve apenas uma maior repressão em relação à Lei 6.368/76.

Ao tratar da figura do consumidor de drogas – no aspecto material – já não há mais pena privativa de liberdade, sendo elas substituídas por medidas socioeducativas. Assim, o art. 28 da Lei 11.343/06 dispõe:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou **trouxer consigo**, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Desse modo, pelo fato de não mais impor pena privativa de liberdade para a conduta do consumo de entorpecentes, o artigo 28 trouxe diversas discussões doutrinárias para o meio jurídico. Resultante disso, alguns doutrinadores, como Luiz Flávio Gomes (MALULY, 2014) “passaram a sustentar que ocorreu uma descriminalização ‘formal’ de tal conduta, ou seja, uma *abolitio criminis*”, tratando-se de uma infração *sui generis* visto que leva em consideração a definição de crime de acordo com o artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914/41):

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 194, grifo nosso).

Sendo assim, consoante a essa corrente doutrinária, se não há pena de reclusão para a conduta, conseqüentemente, também não há crime para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Contrário a isso, Guilherme De Souza Nucci (2014) mantém a definição de crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06, mas dá-lhe uma designação doutrinária específica, ao dizer que: “é viável a consideração do porte de entorpecentes, para uso próprio, como infração de menor potencial ofensivo (aliás, de ínfimo potencial ofensivo), uma vez que, para esse delito, não há mais pena privativa de liberdade”.

Diante das divergências doutrinárias a respeito do assunto, em 2007, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 430105/RJ, posicionou-se quanto à discussão decidindo que não se tratava de *abolitio criminis*, mas de despenalização, visto que houve a retirada da pena privativa de liberdade como sanção. Portanto, conforme conclui Jorge Assaf Maluly (2014): “a punição da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 somente com penas alternativas não retira o seu caráter criminoso, devendo-se falar, em verdade, na ocorrência de uma despenalização, em virtude do abrandamento das penas”.

No entanto, apesar da repercussão do caso julgado, não houve uniformização na doutrina, permanecendo, ainda hoje, teses e críticas no tocante a natureza jurídica, principalmente, no que diz respeito a inconstitucionalidade do art. 28.

Além disso, denota-se que nos tribunais também inexistente padronização no que diz respeito a distinção entre os delitos previstos nos arts. 28 e 33, ambos da Nova Lei de Drogas. Logo, fica a critério do magistrado e dos agentes punitivos (polícia), a tipificação atribuída à conduta ilegal, seja como tráfico, seja como consumo de drogas. Isto é, considerando que o tráfico é conduta criminalizada com pena privativa de liberdade (vide art. 33) e o consumo, com penas alternativas (vide art. 28), a liberdade do agente criminalizado fica submetida à força repressiva, ou não, do magistrado.

3. OS CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO E CONSUMO DE DROGAS

Neste breve tópico, propunha-se demonstrar que a redação dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 não traz critérios objetivos de diferenciação entre as condutas tipificadas (consumo e tráfico).

Em observância aos artigos de tráfico e consumo da Nova Lei de Drogas, percebe-se uma ambiguidade presente na definição de quem é traficante e quem é consumidor. Na redação de ambos os artigos é tipificado como conduta ilegal o termo “trouzer consigo” (art. 28) ou “trazer consigo” (art. 33), o que dificulta a diferenciação das condutas criminalizadas. Assim, do que se depreende da dogmática penal, a única forma de distinção entre elas seria a comprovação do dolo específico de consumo pessoal.

De acordo com Salo de Carvalho, em não ficando demonstrado este especial fim de agir, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade do dolo:

Cria-se, em realidade, espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa. Esta situação, inclusive, não invariavelmente potencializa na jurisprudência tendência à inversão do ônus da prova, recaindo ao réu o dever de provar durante a cognição a especial finalidade de agir, eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição, qual seja, confirmar, à exaustão, toas as hipóteses narradas na denúncia e efetivamente apresentar as evidências que permitem concluir não ser a ação direcionada ao uso próprio ou compartilhado. (SILVA A. P., 2018, p. 40 apud CARVALHO, 2007, p. 211).

Logo, ao serem analisadas e comparadas as circunstâncias que permitem identificar preliminarmente a conduta para que se estabeleça o juízo prévio de incriminação nos termos do art. 28 e 33 da Lei de Drogas, vemos que existe grande similaridade entre elas.

Nessa perspectiva, é enriquecedor ao presente estudo trazer a pesquisa apresentada por Ana Paula de Moraes da Silva como tese do seu trabalho de conclusão de curso na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Para entender quais os critérios utilizados nesta diferenciação (entre os crimes dispostos nos artigos 28 e 33), o estudo se concretiza na análise dos acórdãos ocorridos entre outubro de 2006 a fevereiro de 2016 e, julgados, entre abril de 2008 a junho de 2018 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Eis as considerações do estudo apontado:

Em muitos dos acórdãos analisados os desembargadores em seu voto reforçam que a infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não é caracterizada pela venda, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como a de simplesmente levar consigo a substância entorpecente, desde que com o propósito de comércio. Sendo demonstrando que o flagrante em geral não acontece com o ato de venda, mas sim, tão somente, com o ato de levar consigo a substância entorpecente, que também é conduta da infração contida no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Percebe-se que nem sempre é fácil descobrir se a droga é ou não “para consumo pessoal”. A Lei de Drogas cuidou de estabelecer alguns critérios para se fazer a distinção, estabelecidos no §2º do art. 28 da referida Lei.

Art. 28 (...)

§2º Para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Logo, temos oito critérios legais de distinção entre o porte para uso próprio e o tráfico de drogas: a quantidade e a natureza da substância apreendida; o local e as condições da ação;

e as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente. Juntos percebe-se que formam um conjunto de critérios em sua maioria subjetivos, sendo de fato objetiva apenas a referência à natureza da substância apreendida, cuja ilicitude é fixada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O critério da quantidade, potencialmente objetivo, acabou ficando em aberto, sem indicação clara de parâmetros de distinção, o que gera uma insegurança visível na aplicação da lei, e na discricionariedade no momento desta distinção entre usuário e traficante.

Nesse ponto, pode-se observar que, na prática, não há critérios objetivos para a distinção entre os delitos, ficando o julgamento do acusado, no caso concreto, passível de decisões parciais e dotadas de fatores subjetivos. Desse modo, SILVA continua suas considerações apontando uma relação entre os critérios subjetivos de diferenciação das condutas criminalizadas com o aumento do encarceramento brasileiro:

Logo a falta de critérios objetivos para diferenciação entre uso e comércio de drogas pode ser uma das causas do aumento do encarceramento no Brasil. Critérios objetivos são parâmetros aplicados à legislação para diferenciar condutas a partir de características facilmente observáveis (e aferíveis) pelos aplicadores da Lei.

[...]

A análise dos acórdãos demonstra que a maioria dos recursos de defesa não são providos. **Dos 27 recursos da parte ré, 19 foram improvidos, permanecendo a condenação.** E quando o réu foi absolvido em 1ª instância, como no caso do acórdão de nº 70070920582, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, a 1ª Câmara Criminal reformou a decisão e condenou o réu. No caso em questão **os depoimentos dos policiais militares foram contraditórios entre si e o princípio “in dubio pro reo” não foi aplicado.** Na sentença em 1º grau o magistrado, no processo nº 001/2.15.0094430-9, reforça o pensamento de que a circunstância de o acusado estar em um ponto de tráfico, por si só, não autoriza a conclusão de que ele se encontrava lá para vender drogas a terceiros, viabilizando, portanto, a solução absolutória, pois foi implantada a dúvida, fundada no princípio “in dubio pro reo” e amparada no da presunção de inocência.

[...]

O local de apreensão do agente é visto como circunstância apta a auxiliar na descoberta da destinação da droga. Contudo, a análise dos acórdãos demonstra um senso comum punitivo ao concluir que a droga apreendida em uma boca de fumo necessariamente é destinada ao tráfico. Tal critério mostra-se ineficiente, pois os pontos de tráfico também são frequentados por usuários, o que torna esse critério da localidade completamente impreciso, se analisado isoladamente. (SILVA A. P., 2018, p. 41-42, grifo nosso).

Assim sendo, o estudo exposto trilha o histórico das condutas do poder judiciário, apontando um senso comum, quando, no julgamento dos crimes de tráfico e consumo de entorpecentes. Diante disso, lamentavelmente, observa-se que o consumidor, na maioria das vezes, é tachado como traficante e, pior, é julgado como tal (conduta tipificada pelo art. 33 da Lei de Drogas), o que, genericamente, justifica o aumento do encarceramento no Brasil no tocante a essa conduta penalizada com restrição de liberdade.

Neste sentido, deixando melhor análise do tema para adiante, finaliza-se esse tópico com as lições de Mariana de Assis Brasil e Weigert, a qual afirma que:

a distinção entre usuário e traficante, na justiça penal brasileira, é realizada de forma seletiva. Significa dizer que o processo de seleção da criminalidade, diagnóstico feito pelo paradigma criminológico da Reação Social, permeia constantemente a criminalização de consumo e comércio ilegal de drogas no Brasil, notadamente em relação à diferenciação entre estes delitos. (SILVA, A. P., 2018, p. 42 apud WEIGERT, 2010, p. 97).

Desse modo, portanto, emana o entendimento de que os fatores sociais e subjetivos, conforme apontado no estudo, de fato, têm mais importância frente ao Juízo do que a própria conduta do agente criminalizado.

4. DIFERENCIAÇÃO DO AGENTE CRIMINALIZADO À LUZ DA SELETIVIDADE PENAL

Apresentado os aspectos formais e materiais da atual Lei de Drogas⁷ e, diante do contexto histórico introduzido, agora, o presente estudo busca relativizar os critérios de distinção entre os delitos tipificados nos artigos 28 e 33 da Lei n. 11.343/06 com a seleção penal resultante do processo histórico de repressão às drogas. Para tanto, é necessário explicar a respeito do conceito inicial sobre o que se trata a seletividade penal.

A seletividade penal caminha junto com a teoria do etiquetamento social ou “*labelling approach*”. Esta, segundo César Herrero, “se trata de uma corrente criminológica próxima à criminologia radical de cunho marxista, mas sem compartilhar, ao menos necessariamente, o modelo de sociedade configurado por esta”. (AGUIAR, p. 2 apud HERRERO, 1997, p. 299).

O principal precursor desta teoria é Alessandro Baratta, que, “através da crítica marxista, parte da premissa na qual o crime não é uma realidade ontológica pré-constituída, tampouco um fenômeno empiricamente verificável, mas é uma construção discursiva e o criminoso fruto de um processo de etiquetamento.” (FETTUCCIA, 2015).

Abordando a base teórica marxista, que trata o Direito como um meio de dominação das classes, para Karl Marx, a delinquência não era um comportamento anterior a qualquer sistema de controle social ou jurídico, mas sim um produto desse sistema. Ainda, Marx e Engels (2008) afirmam que a sociedade vive uma guerra ininterrupta entre homens livres e escravos, patrícios e plebeus, burgueses e operários, enfim, entre dominantes e dominados.

Nessa perspectiva das classes sociais e da luta de classes correspondente, de acordo com Juarez Cirino dos Santos, o Direito Penal garante:

As estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais - o capital (como propriedade privada dos meios de produção e de circulação da riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado) -, assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre outra. Se o Direito Penal garante uma ordem social desigual, então garante a desigualdade social. (SANTOS, 2014)

A respeito do controle social, nas lições do saudoso Nilo Batista (1990, p. 21) é esclarecido que “a função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, à qual

⁷ Aqui, refere-se somente aos artigos 28 e 33 desta lei, os quais, respectivamente, abordam o consumo e tráfico de drogas, tema central abordado neste estudo.

estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função ‘conservadora’ ou de “controle social”.

Discorrendo sobre o *labelling approach*, Leonardo Aguiar, ao citar Antônio Garcia Molina, assevera que:

O *labelling approach*, conseqüentemente, supera o paradigma etiológico tradicional, problematizando a própria definição da criminalidade. Esta - se diz - não é como um pedaço de ferro, um objeto físico, senão o resultado de um processo social de interação (definição e seleção): existe somente nos pressupostos normativos e valorativos, sempre circunstanciais, dos membros de uma sociedade. Não lhe interessam as causas da desviação (primária), senão os processos de criminalização e mantém que é o controle social o que cria a criminalidade. Por ele, o interesse da investigação se desloca do infrator e seu meio para aqueles que o definem como infrator, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo. Este não é senão a vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma do controle. (AGUIAR, p. 3-4 apud MOLINA p. 226-227).

No mesmo sentido, ao tratar do reflexo direto dessa teoria no sistema penal, leciona HERRERO:

[...] selecionam-se como delinquentes - ao menos de forma prioritária - os indivíduos que pertencem às classes marginalizadas, seja porque o direito penal está estabelecido para proteger sobretudo os interesses das classes superiores, seja em virtude da forma de funcionamento e da operatividade prática das instâncias de controle social, desde a escola e passando pela polícia e pelos tribunais. (AGUIAR, p. 4 apud HERRERO, 1997, p. 299)

Acerca disso, diante do *labelling approach*, conclui-se que um comportamento somente é desviante se as instâncias de controle o definirem como tal, em consequência disso, também leva-se a concluir que o criminoso não é considerado como tal pelo ato que pratica, mas sim pela etiqueta que lhe é colocada.

Resumidamente, essa teoria sustenta que “a criminalidade não é a qualidade de uma determinada conduta, mas o resultado de um determinado processo de estigmatização da conduta e daquele que a praticou” (MAGLIONI, 2011 apud CONDE; HASSEMER, 2008, p.110-111), portanto, “a criminalidade não se trata mais de uma entidade ontológica pré-constituída, mas de uma etiqueta afixada a partir de um processo de seleção altamente discriminatório” (MAGLIONI, 2011).

Desse modo, verifica-se que é através da teoria do etiquetamento social que se pode compreender a seletividade penal. Não obstante, pode-se dizer que a seletividade, simplificada, nada mais é do que uma das ferramentas de controle social usada pra proteção e manutenção do sistema capitalista e que, resultante disso, temos a criminalização da população marginalizada em que “a regra da clientela do sistema penal são os homens, quase sempre negros e mestiços, pobres (marginalizado do ponto de vista econômico), jovens e de baixa escolaridade.” (GUALBERTO; NASCIMENTO, 2017, p. 9).

No tocante a atual Lei de Drogas, podemos perceber uma relação direta entre os agentes

criminalizados e a seleção penal. Nesse ponto, Alessandro Baratta (1976, p.10) discorre que “a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso aplica-se de modo desigual aos sujeitos, independentemente do dano social de suas ações e da gravidade das infrações à lei penal realizada por eles.”

Ainda, sobre essa desigualdade de tratamento penal, Baratta (1976, p.13) leciona:

Pesquisa empírica tem ilustrado as diferentes atitudes avaliativas e emotivas de juízes diante de pessoas pertencentes a diferentes classes sociais. **Estas atitudes levam os juízes, inconscientemente, a uma tendência para fazer julgamentos diferenciados segundo a classe social do acusado** e relativos ao elemento subjetivo do crime (dolo, negligência) e ao caráter sintomático do crime, até onde considera a personalidade (prognose da futura conduta do acusado), e assim também a individualização e mensuração da sanção penal. A distribuição das definições criminosas é claramente influenciada pela diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência de parte dos juízes de esperar comportamento em conformidade com a lei de indivíduos pertencentes às classes média e alta, e comportamento bastante contrário de indivíduos pertencentes, às classes mais baixas. (...) Mesmo em uma matéria tão socialmente neutra, como acidentes de trânsito, tem sido observado que existe uma correlação entre a avaliação da culpa e as circunstâncias atenuantes e a posição econômica do acusado. (grifos nosso).

Com efeito, referida seletividade levou Zaffaroni (2012, p.417) a afirmar que o sistema penal, apesar de ser concebido como um “instrumento de justiça”, “o sistema penal rompe a balança da pobre justiça e, aproveitando que a mesma é cega, faz com que ele dê espadas onde bem entende.”

Nesse sentido, ainda segundo Zaffaroni (2003, p. 43), cumpre explicar que o processo de criminalização é dividido em dois: criminalização primária e secundária, em que a primária “consiste na criação de uma lei incriminadora direcionada a determinada classe e, criminalização secundária, na ação punitiva que recai sobre pessoas concretas; a criminalização secundária se verifica mais facilmente no segmento das agências policiais.”. Ainda, além do segmento das agências policiais, a criminalização secundária verifica-se, também, nos tribunais. Sendo assim, a seletividade se mostra presente tanto no momento de elaboração e aplicação da norma quanto no momento da execução da pena.

A respeito dessa desigualdade do sistema penal, na sua obra “Vigiar e Punir”, Michel Foucault (1999) conclui que:

[...] o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social; que os criminosos, que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora “quase todos da última fileira da ordem social” [...] nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem: [...] Um fato nos chama a atenção sempre; em toda parte vedes duas classes bem distintas de homens, dos quais uns se encontram sempre nos assentos dos acusadores e dos juízes, e os outros nos bancos dos réus e dos acusados.

Com isso, diante da narrativa tratada até aqui, pode-se relacionar a seletividade penal (dotada da teoria do etiquetamento) como um fator determinante na distinção entre os crimes do art. 28 e 33 da Lei n. 11.343/06, transparecendo, dessa maneira, a desigualdade de tratamento penal.

Nesse sentido, baseado no contexto da luta de classes de Marx (matéria base para o desenvolvimento do *labelling approach*), e conforme a narrativa de Löïc Wacquant, há de se concluir que é na criminalização da periferia que o sistema penal exerce sua função de controle social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, o estudo leva a concluir que a Lei n. 11.343/06 apresenta falhas graves, pois demonstra ambiguidade em sua redação, impossibilitando estabelecer critérios objetivos para a distinção entre as condutas tipificadas no artigo 28 e 33. Ao não estabelecer estes critérios de diferenciação, a lei deixa a cargo do magistrado a livre discriminação dos crimes de tráfico e consumo de entorpecentes. Sendo assim, tanto do ponto de vista formal quanto material, ao disciplinar sobre o consumo e o tráfico, a Nova Lei de Drogas é falha.

Ainda, sob o contexto histórico apresentado, é possível observar o processo implementado pelo Estado de demonização das drogas, principalmente no período militar, em que houve expressivo aumento dos discursos proibicionista e das medidas de repressão. Junto a isso, a propagação do discurso médico-jurídico e jurídico-político, empurrou, de forma maniqueísta, estereótipos malogrados à figura do usuário e do traficante de drogas, sendo este último tachado de inimigo da nação.

Sob essa influência, as políticas de repressão às drogas foram reafirmando a instauração e manutenção de um processo de controle social. Nessa perspectiva, destaca-se a seletividade penal como ponto forte para criminalizar, como se fosse tráfico (art. 33), as condutas de uso de entorpecentes, uma vez que a Lei deixou a critério do magistrado e dos agentes punitivos (polícia) essa diferenciação entre tráfico e consumo. Dessa forma, a clientela das forças repressivas de

controle social, bem como diz L  ic Wacquant (2003, p. 11), “   recrutada no exército de jovens negros e/ou pobres (ou quase negros de tão pobres)”.

Por fim, considerando os t  picos apresentados e levando como base a teoria marxista tangente ao direito penal, o estudo conclui que, apesar do discurso jurídico teoricamente apontar para outro sentido, o sistema penal    seletivo, classista e, ao buscar fazer diferencia  o entre os crimes de uso e tráfico de drogas, assume grande poder de controle (repressão) social, afastando as classes marginalizadas historicamente das classes dominantes. Portanto, atreve-se afirmar que, quanto a Lei n. 11.343/06, o que vem ocorrendo no Brasil não se trata somente de uma repressão ao consumo de drogas, trata-se da criminaliza  o das classes dominadas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo A. **Da teoria do “labeling approach”**. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/DIREITO/PENAL/Bibliografia/silo.tips_da-teoria-do-labeling-approach.pdf>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdu  o    sociologia do Direito Penal** [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Tradu  o de: Juarez Cirino dos Santos.

BARATTA, Alessandro. **Marginalidade Social e Justiça** [recurso eletrônico]. Revista de Direito Penal, n. 21 e 22. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BATISTA, Nilo. **Introdu  o crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 1998.

BRASIL. **Decreto-lei N   3.914, de 9 de dezembro de 1941** [recurso eletrônico]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei N   891, de 25 de nov. de 1938** [recurso eletrônico]. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-891-25-novembro-1938-349873-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Veja%20tamb%3%A9m%3A-,DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%20891%2C%20DE%2025%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201938,Lei%20de%20Fiscaliza%3%A7%C3%A3o%20de%20Entorpecentes.>>>. Acesso em: 22 de jul. de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei N   385, de 26 de dez. de 1968** [recurso eletrônico]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm>. Acesso em: 22 de jul. de 2020.

BRASIL. **Lei N   11.343, de 23 de agosto de 2006** [recurso eletrônico]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06** [recurso eletrônico]. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Fayet DE SOUZA, Ney. **Lei Antitóxicos: Reparos e Sugestões para o art. 314 do Novo Código Penal**. Estudos Jurídicos (04). São Leopoldo: Unisinos, 1972.

FERREIRA, Carolina Costa. **O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal**. Universidade de Brasília (UnB): Brasília, 2016.

FETTUCCIA, Fabio. **O criminoso segundo a teoria do "labelling approach"**. Jus Brasil, 2015. Disponível em: <<https://fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/175496748/o-criminoso-segundo-a-teoria-do-labelling-approach>>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão** [recurso eletrônico]. 20. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Tradução de: Raquel Ramallete.

GANEM, Pedro M. **A (comprovação da) seletividade penal e o princípio da insignificância**. Jus Brasil, 2018. Disponível em: <<https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/651323955/a-comprovacao-da-seletividade-penal-e-o-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

GIRON, Neusa. **Crimes do colarinho branco – Características do agente do crime e a (im)parcialidade na administração da justiça penal: uma abordagem à luz dos valores constitucionais**. Cacoal: UNIR. 2008. Disponível em: <<https://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1236/1/CRIMES%20DO%20COLARINHO%20BRANCO%20%E2%80%93%20CARACTER%20C3%8DSTICAS%20DO%20AGENTE%20DO%20CRIME%20E%20A%20%28IM%29PARCIALIDADE%20NA%20ADMINISTR.pdf>>. Acesso em: 28 de jul. 2020.

GRINSPOON, Lester; BAKALAR, James B. **La cocaína, una droga y su evolucion social**. Barcelona: Hacer, 1975.

GUALBERTO, Stênio C.; NASCIMENTO, Rudimilson da S. **A seletividade do sistema penal e as consequências democráticas**. Itajaí: UNIVALI, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/35924927/A_SELETIVIDADE_DO_SISTEMA_PENAL_E_AS_CONSEQUENCIAS_DEMOCRATICAS>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

LARA, S. (org.). **Ordenações Filipinas, Livro V**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LIMA, Eloisa H. de. **Educação em saúde e uso de drogas: um estudo acerca da representação da droga para jovens em cumprimento de medidas educativas**. Belo Horizonte: Fundação Oswaldo Cruz, 2013. Disponível em: <http://www.cpqr.fiocruz.br/texto-completo/T_53.pdf> Acesso em: 23 de jul. de 2020.

MAGLIONI, Bruna Peluffo. **A seletividade do sistema penal brasileiro**. Revista Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-seletividade-do-sistema-penal-brasileiro/#_ftn1>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

MALULY, Jorge Assaf. **Lei 11.343/06: A despenalização da posse de drogas para o consumo**

pessoal. CONAMP, 2014. Disponível em:

<<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-despenalizacao-daposse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html>> Acesso em: 26 de jul. de 2020.

MARTINS, Helena. **Lei de drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil.** Brasília: Agência Brasil, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>>. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista** [recurso eletrônico]. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

NUCCI, Guilherme. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas Vol 2** [recurso eletrônico]. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLMO, Rosa del. **A Face oculta da droga.** Rio de Janeiro: Revan, 1990. Tradução de: Teresa Ottoni.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas.** [recurso eletrônico]. 1ªed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. Tradução de: Dorgival Caetano.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Juarez C. dos. **Direito penal: Parte geral I** [recurso eletrônico]. 6. ed Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILVA, Maurício. **Nostalgia De Paris: Cultura Francesa nas Crônicas Brasileiras do Começo do Século XX.** Juiz de Fora: Revista Verbo de Minas, 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Downloads/Nostalgia de Paris cultura francesa nas.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Nostalgia%20de%20Paris%20cultura%20francesa%20nas.pdf)>. Acesso em: 22 de Jul. de 2020.

SILVA, Ana Paula de M. **Lei nº. 11.343/06: Estudo sobre possível fator encarcerador por tráfico de drogas decorrente da não diferenciação efetiva do usuário e do traficante.** Porto Alegre: UFRGS, 2018.

STF. QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 430105 RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 13/02/2007. STF, 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 26 de jul. de 2020.

TORON, Alberto Zacharias. **A Proteção Constitucional da Intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos.** In: BUSTAMANTE, Ricardo Silva de & TUBENCHLAK, James (coords.). *Livro de Estudos Jurídicos* (03). Rio de Janeiro: IEJ, 1991.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Tradução de: Eliana Aguiar.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal.** V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de Criminologia Cautelar.**
São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Sérgio Lamarão.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO DENTRO DAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOLÓGICA DA NÃO PUNIÇÃO DOS AGRESSORES

Laís Burgemeister de ALMEIDA¹
Vanessa de Souza OLIVEIRA²

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a reflexão sobre a como a luta pela igualdade e pelo fim da discriminação de gênero é rotineira na vida da mulher brasileira. Muitos direitos foram conquistados ao longo da história por grupos feministas que visavam à paridade de oportunidades e o respeito, propiciando que, atualmente, a mulher esteja presente no mercado de trabalho, na política, no judiciário e no ensino superior. Contudo, a dominação masculina ainda está entranhada no corpo social e atua de forma cruel, legitimando violências e abusos contra a mulher. O ambiente universitário, que por séculos esteve destinado somente aos homens, está cada vez mais ocupado pela mulher, que busca alcançar prestígio e autonomia na vida pública. Entretanto o que figuraria como alavanca diminuir a discriminação, acaba tornando-se um espaço para a reiteração da ordem patriarcal, do preconceito e da misoginia. A violência de gênero se ramifica em diversas formas veladas e invisíveis. Os delitos praticados são naturalizados e justificados, fazendo com que a vítima não encontre respaldo da instituição e da sociedade para legitimar a devida punição de seus agressores.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Sexual; Machismo; Desigualdade de Gênero.

ABSTRACT

This article aims to reflect on how the struggle for equality and the end of gender discrimination is routine in the life of Brazilian women. Many rights have been conquered throughout history by feminist groups that aimed at parity of opportunities and respect, allowing that, currently, women are present in the labor market, in politics, in the judiciary and in higher education. However, male domination is still ingrained in the social body and acts cruelly to legitimize violence and abuse against women. The university environment, for centuries was intended only for men, is increasingly occupied by women, who seek to achieve prestige and autonomy in public life. However, what would appear as a lever for the end of discrimination, ends up becoming a space for the *repetition* of the patriarchal order, prejudice and misogyny. Gender violence branches out in several veiled and invisible forms. The crimes committed are naturalized and justified, making the victim unable to find support from the institution and society to legitimize the proper punishment of his aggressors.

-
- 1 Estagiária voluntária de Direito no Fórum de Caraguatatuba. Atualmente graduanda do curso de Bacharelado em Direito além de ter cursado dois anos de Licenciatura em História também na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Desde 2013 frequentadora de curso de Inglês como Wizard Idiomas(ainda em curso). Além de ter cursado Kumon Inglês e do curso oferecido pela UENP, Paraná Fala Inglês. Atingiu o nível B1 no TOEFL ITP (Test of English as a Foreign Language Institutional Testing Program) e TOEIC (Test of English for International Communication). Participou do Grupo de Pesquisa em Teatro da PROEC (Pró-Reitoria de Extensão e Cultura no período de 2015.
 - 2 Graduanda do 4º ano, em Direito, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/PR.
Atualmente é estagiária na 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Jacarezinho.
No ano de 2019 (janeiro-novembro) realizou estágio na Vara Criminal de Santa Cruz do Rio Pardo.
Nos anos de 2017 a 2018 (set 2017 - nov 2018) realizou estágio na Prefeitura Municipal de São Pedro do Turvo.
Nos anos de 2016 a 2017 (nov 2016 - abr 2017) realizou estágio voluntário na Delegacia de Polícia Civil de São Pedro do Turvo.
Desenvolve pesquisas relacionadas a Direitos Humanos, Direito Penal e Feminismo.

KEYWORDS: Sexual Violence; Misogynist; Gender Inequality.

INTRODUÇÃO

Embasada em uma trajetória machista e pautada em estereótipos patriarcais, a desigualdade de gênero tem por objetivo perpetuar e legitimar diversos tipos de violência contra a mulher. Atualmente, após grande esforço de grupos que reivindicavam direitos femininos, a mulher está presente em diversos campos sociais, inclusive da vida pública, como na área da política, da educação e no mercado de trabalho, que antes eram destinados somente para a parcela masculina da população. Apesar da luta de grupos feministas a aceitação da inserção feminina ainda encontra obstáculos cruéis que fazem com que a mulher seja menosprezada, ridicularizada e violentada no trabalho, nos espaços públicos e nos ambientes educacionais, como, por exemplo, nas universidades. Passar em um vestibular e ser admitido em um curso superior é uma vitória para qualquer jovem que deseje melhorar sua condição de vida e perspectiva de futuro, contudo, para a mulher, tal sonho pode transformar-se em pesadelo devido à persistência da violência de gênero na contemporaneidade.

As diversas faces da violência de gênero no ambiente universitário fazem com que a faculdade, que teria como finalidade ser um local de aprendizagem e de integração entre os estudantes, se torne um espaço perigoso para a mulher. A violência dentro do campus não é somente praticada por pessoas desconhecidas, mas pelos próprios alunos, amigos, colegas de curso, namorados e professores, que com atitudes validadas por uma “cultura do machismo”, são repetidas muitas vezes de forma velada, fato que legitima a dominação masculina perante a sexualidade feminina, objetificando a mulher. Tal fato faz com que condutas hostis, como o assédio e até mesmo o estupro, não sejam validados como formas de agressão, embora estejam ferindo e humilhando a integridade física, psicológica e sexual feminina.

Reflexo de uma ideologia patriarcal, os delitos praticados exclusivamente por questões de gênero no ensino superior ainda são desqualificados e questionados, fazendo com que a concepção de violência contra a mulher vá muito além da tipificada na Lei Maria da Penha. O trabalho tem como escopo analisar as várias especificidades da violência de gênero nas universidades. Tal compreensão assume elevada relevância em virtude do ensino superior ser formador de profissionais que serão responsáveis pelo futuro do país, para que percebam a essencialidade da igualdade de gênero e da transformação da cultura machista para a plena materialização do respeito e da dignidade humana.

Deste modo, o método adotado para a elaboração da pesquisa foi o dedutivo, iniciando-se, por meio de revisão bibliográfica de autores como Bourdieu, Beauvoir e Saffioti, da análise geral da

dominação masculina ao longo da história e das desigualdades e violências de gênero enfrentadas pelas mulheres na inserção na vida pública para a análise particular, com base em estatísticas e dados, da violência e das agressões sofridas pelas universitárias ao longo de sua formação acadêmica, que evidencia o enraizamento do machismo na sociedade, fato que propicia a invisibilidade das diversas faces da violência doméstica no mundo atual.

1 A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO PÚBLICO E A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

A desigualdade de gênero tanto no âmbito público quanto no privado está enraizada na mentalidade social brasileira, posto que, ao longo dos anos o sistema patriarcal privilegiou os homens em detrimento das mulheres, submetendo-as a um sistema de servidão. Segundo Bourdieu (2002, n.p), “a força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificção”, pois a dominação se ratifica em um arcabouço simbólico que tende a distinguir sexualmente condutas e esferas da comunidade, fazendo com que esta divisão socialmente construída se torne natural e aceitável.

O termo patriarcado, oriundo do latim, se baseia no exemplo de família romana, o qual determinava que o patriarca, ou seja, o “pater familiae”, detinha o poder de decisão sobre todos que estavam a sua volta, incluindo as mulheres. Para FREITAS e COSTA,

na configuração patriarcal, aos homens cabia o trabalho fora de casa e as mulheres restava o trabalho com o lar e com a família, sempre menosprezado, contudo longe de ser mais leve, era mais penoso e tomava mais tempo, tendo em vista não ter horário definido ou meta a cumprir, senão amparar todos os membros da família e o lar (FREITAS, COSTA, 2020, p. 300).

Referido modelo familiar perpetuou ao longo dos séculos, sendo ainda bastante difundido nos dias atuais como uma organização social que impede a inserção feminina na esfera pública, bem como legítima “papéis historicamente elaborados com base no sistema patriarcal defendido por correntes tradicionais e fundamentalistas, que tende a justificar o poder masculino por sua virilidade e força” (SILVA, 2016, n.p.). Desta forma, “desde os primeiros tempos do patriarcado, julgaram útil manter a mulher em estado de dependência” (BEAUVOIR, 1970, p. 179), fadada a estereótipos que a submetia as vontades de seus pais e maridos, além de sempre estar vinculada a vida privada, não possuindo liberdade de expressão e até mesmo, autonomia pela própria sexualidade.

O sistema patriarcal, corroborado com o pensamento machista, anula os direitos femininos, além de direcionar a atuação da mulher somente para relacionadas a atividades domésticas ou atreladas a maternidade. Neste passo, tais convicções preconceituosas criam estereótipos difíceis de serem revertidos “aparência física e aspectos entendidos como vinculados à feminilidade podem

constituir um obstáculo, ao reforçarem uma visão estigmatizada. ” (BIROLI, 2010, p.64). Desta forma, a presença feminina no âmbito público fica restringida, não tendo a mulher espaço para expressar sua opinião ou exercer direitos básicos, haja vista que a “cultura do machismo, disseminada muitas vezes de forma implícita ou sub-reptícia, coloca a mulher como objeto de desejo e de propriedade do homem, o que termina legitimando e alimentando diversos tipos de violência” (CERQUEIRA, COELHO, 2014, p. 2).

A presença feminina no mercado de trabalho rompeu com os estereótipos femininos pré-estabelecidos da estrutura social, mudando a visão que a mulher branca estava fadada a exercer os papéis de mãe, esposa e dona de casa. A mulher recebia educação voltada para o casamento e criação dos filhos, apenas uma minoria, ou seja, a elite, possuía acesso a educação de qualidade. Durante muito tempo, a alegação de falta de qualificação e a afirmação que a inserção feminina no âmbito público culminaria no descompromisso conjugal e familiar privaram a mulher de exercer seus direitos básicos. Para BIROLI,

a divisão sexual do trabalho está ancorada na naturalização de relações de autoridade e subordinação, que são apresentadas como fundadas na biologia e/ou justificadas racialmente. Em conjunto, restrições que se definem pelo gênero, pela raça e pela classe social conformam as escolhas, impõem desigualmente as responsabilidades e incitam a determinadas ocupações enquanto bloqueiam ou dificultam o acesso a outras (BIROLI, 2016, p. 737).

A luta de grupos feministas para a igualdade de gênero, principalmente na questão trabalhista, foi essencial para que as mulheres conquistassem espaço no mercado de trabalho e, conseqüentemente, adquirissem autossuficiência. Contudo, a discriminação de gênero não está eliminada da sociedade, posto que, “em média, a maioria das mulheres ainda não recebe salário igual para função igual” (HOOLKS, 2020, p. 82).

No Brasil, somente a partir da década de 1970 que a presença feminina no mercado de trabalho começou a se destacar, permanecendo, inclusive, durante os anos de crise econômica e de altos níveis de desemprego. Tal crescimento surgiu da necessidade de mão de obra em virtude do desenvolvimento tecnológico e econômico, bem como das transformações demográficas e culturais que ocorreu no país. Deste modo, atrelado as reivindicações de grupos feministas, o acesso a educação e a queda da taxa de fecundidade a mulher se inseriu no mercado de trabalho e nos espaços públicos. Apesar “da luta incansável de movimentos organizados de mulheres, de progressos na legislação e de avanços em estudos e pesquisas” (STEVENS *et al* (Org.), 2017, p. 297), a aceitação da inserção feminina ainda encontra obstáculos difíceis de serem revertidos, pois “a base material do patriarcado não foi destruída” (SAFFIOTI, 2004, p. 106).

Cabe destacar que “homens e mulheres, apesar das conquistas femininas, ainda não possuem o mesmo espaço na sociedade” (CHAVES, 2015, p.1), posto que, culturalmente, a figura

feminina está estritamente relacionada a atividades domésticas ou de cuidado como, por exemplo, enfermeira, cozinheira e professora. Referidas profissões, via de regra, não possuem remuneração ou prestígio que mereciam perante a sociedade, sendo, na maioria dos casos, inferiorizadas e de baixa exigência de qualificação profissional.

Ademais, existe na sociedade a falsa sensação de igualdade de gênero, pois a mentalidade machista legitima a dominação masculina e a divisão sexual do trabalho. De acordo com SAFFIOTI,

a ideia de que a missão da mulher é o casamento e a procriação conduziu não propriamente a uma qualificação da força de trabalho feminina, mas a uma especialização que destina as mulheres das camadas intermediárias da sociedade às ocupações subalternas, mal remuneradas e sem perspectivas de promoção. (SAFFIOTI, p. 29).

Neste ínterim, ressalta-se que “trabalhar por salários baixos não libertava mulheres pobres da classe trabalhadora da dominação masculina” (HOOLKS, 2020, p. 81), haja vista que, até os dias atuais, ao chegarem a suas residências, possuem dupla jornada. A simples presença feminina no mercado de trabalho não extingue a desigualdade de gênero, pois a mulher desempenha, exclusivamente, os afazeres domésticos e o cuidado com os filhos. Para SAFFIOTI,

a maternidade não pode, pois, ser encarada como uma carga exclusiva das mulheres. Estando a sociedade interessada no nascimento e socialização de novas gerações como uma condição de sua própria sobrevivência, é ela que deve pagar pelo menos parte do preço da maternidade, ou seja, encontrar soluções satisfatórias para os problemas de natureza profissional que a maternidade cria para as mulheres. (SAFFIOTI, p. 26).

A autonomia econômica é essencial para a promoção do próprio sustento e da tomada de decisões, ou seja, a “autossuficiência econômica é necessária se mulheres quiserem ser livres para escolher o contrário da dominação masculina, para serem totalmente autorrealizadas (HOOLKS, 2020, p. 81). Tal autonomia não está baseada apenas na questão financeira, mas deve estar relacionada com a capacidade de realizar as próprias escolhas. Assim, mais do que a garantia de uma renda mensal, é imprescindível que a mulher possa ter liberdade para se qualificar e definir sua profissão, bem como dispor de tempo suficiente para atividades de lazer e especialização.

Ademais, ressalta-se a importância do estudo para a entrada no mercado de trabalho, sendo que, atualmente, os empregos com maiores remunerações, bem como aqueles que possuem elevado prestígio necessitam de qualificação, ou seja, como a conclusão de curso superior. Durante muito tempo, o ensino superior foi considerado algo destinado apenas a parcela masculina da população, fato que propiciou a reduzida presença feminina nas universidades. Nesse sentido, BREGA e ALVES destacam que

a sociedade como um todo preparou mecanismos de garantia da exclusão das mulheres, e o principal foi a educação. Houve de fato um considerável aumento da importância da educação formal para as mulheres ao longo do século XIX, todavia, apesar das mulheres conseguirem a duras penas concluírem o ensino secundário, dificilmente conseguiam

ingressar no ensino superior (BREGA; ALVES, 2009, p. 134).

Desta forma,

a educação feminina estava restrita ao ensino elementar, já que a educação superior era eminentemente masculina. As mulheres foram proibidas de ingressar nas primeiras faculdades brasileiras – Medicina, Engenharia e Direito –, estabelecidas no século XIX, e só tiveram acesso às universidades em 1879, com a Reforma Leônicio de Carvalho, que passou a permitir o ingresso de mulheres em instituições de ensino superior. O ingresso das mulheres nas universidades foi intensificado a partir de 1950, atrelado também à sua crescente inserção no mundo do trabalho (SILVA; RIBEIRO, 2012, p. 187).

O acesso a universidade impulsiona o alcance da igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, bem como na sociedade como um todo. Contudo, apesar de toda a democratização do ensino superior no tocante a questão de gênero nas últimas décadas, a mentalidade machista ainda persiste em existir, por isso, a mulher ainda é vítima de discriminação, posto que “ascender a postos de gerência e direção de alto escalão, bem como integrar nichos profissionais de poder e reconhecimento social, continua a ser um desafio que apenas poucas conseguem vencer” (LOMBARDI, 2017, n.p.).

A inserção feminina em posições de notoriedade e de chefia ainda permanece desproporcional em relação aos homens. Ademais, destaca-se que além da discriminação a mulher ainda enfrenta um problema muito maior no ambiente universitário, a violência de gênero. O sonho de ingressar em uma faculdade pode se tornar um pesadelo, tendo em vista as diversas formas de violência ocorridas nos câmpus universitários. A dominação masculina ainda legitima diversas formas de agressões, sejam elas psicológica, física e sexual, menosprezando e ridicularizando a palavra das vítimas, bem como não punindo os agressores.

2 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A OBJETIFICAÇÃO DA MULHER

A violência de gênero, tanto no âmbito público quanto no âmbito privado, é legitimada pela desigualdade existente entre homens e mulheres e pelas ideologias machistas na sociedade.

Neste passo, torna-se um

reflexo de uma dominação masculina social e culturalmente construída, que opera, sobretudo, o efeito simbólico de naturalização do problema enquanto uma questão social digna de um tratamento político e público, para ser efetivamente enfrentada, precisa ser reconhecida como uma violação de direitos humanos (ALENCAR, LOCATELLI, AQUINO, 2020, p. 487).

Ao longo da história, a mulher foi considerada um objeto ou uma extensão do homem, tendo que se submeter as ordens e vontades de seus pais ou seus maridos. Infelizmente, a dominação masculina ainda está presente na sociedade atual, posto que o menosprezo dos efeitos da violência contra a mulher permite o questionamento e ridicularização da palavra da vítima, fazendo com que se sinta culpada pela agressão sofrida.

Apesar das diversas lutas de grupos feministas que reivindicavam os direitos femininos contra o abuso de poder das relações familiares, o sistema patriarcal permanece enraizado na sociedade, haja vista a existencia da pressão exercida em face da mulher para se encaixar nos padrões impostos, principalmente em relação a aparência física. O corpo feminino é objetificado e muitas vezes controlado por arquétipos exigidos pelos homens, exclusivamente para satisfação de seus prazeres. Assim, o “comportamento da mulher é nesse caso meticulosamente vigiado e caso ultrapasse certas fronteiras, condenado (JOHAS, SILVA FILHO, 2020, p. 34).

A naturalização da violência de gênero não está restrita a esfera privada, local onde a mulher foi fortemente segregada ao longo das décadas, mas se estende igualmente para esfera pública. As agressões as mulheres, em virtude do gênero, se expressam pela tentativa de controle dos corpos das vítimas, evidenciando a cultura da objetificação do corpo, da autonomia e da sexualidade feminina. Desta forma, beneficiados pelas desigualdades existentes na sociedade, bem como dos esteriótipos criados a respeito do comportamento feminino ideal, os homens sentem-se legitimados e respaldados pela nossa propria sociedade a praticarem os mais diversos tipos de violência, sejam elas física, sexual, moral, patrimonial ou psicológica.

Estas diversas formas de agressões possuem uma carga histórica e hereditária, tendo em vista que se originam da construção da masculinidade dos meninos, visto que desde pequenos são incentivados a exercer comportamento violênto, autoritário e controlador. Em contra partida, desde a infância a mulher é ensinada a performar uma suposta “feminilidade”, a fim de desempenhar um comportamento submisso e recatado, não podendo expressar suas opiniões e muito menos decidir sobre sua própria sexualidade. Neste sentido, HOOLKS destaca que

o pensamento sexista ensinado às mulheres desde o nascimento deixou claro que o domínio do desejo sexual e do prazer sexual era sempre e somente masculino, que apenas uma mulher de pouca ou nenhuma virtude diria te necessidade sexual ou apetite sexual (2020, p. 127).

Neste seguimento, o corpo feminino fica exposto a violências e agressões que facilmente são legitimadas e naturalizadas por uma mentalidade retrógrado e machista de que o homem detêm o direito de controle perante a mulher, enquanto é reservado as mulheres o direito de se resguardar. Desta forma, o sistema patriarcal, corroborado com a falha institucional dos órgãos públicos evidenciam que “a legitimação decorre do próprio modo como a ordem patriarcal se reproduz, com a subjugação de corpos dissidentes” (JOHAS, SILVA FILHO, 2020,p. 34). Sendo assim, as notificações de casos de violência doméstica e de gênero não refletem a realidade social, tendo em vista que a mulher se sente culpada pelo ataque sofrido em virtude da duplavitimização que sofre no momento de denunciar as agressões.

Cabe ressaltar que a Lei 11.340/06, chamada de Lei Maria da Penha, conceitua as diversas

formas de violência doméstica. Referida legislação foi extremamente importante para retirar a ideia de que a violência contra a mulher se resumiria somente a física, ignorando outras igualmente ou até mais prejudiciais para a vítima, Neste sentido, as formas de violência previstas no artigo 7º da lei podem se caracterizar em:

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. (BRASIL, 2006, p. 1).

Com base nisto, verifica-se que estes conceitos de violência doméstica, ou seja a violência física, psicológica, sexual, moral e patrimonial pode ser estendida para casos de violência de gênero não restritas ao ambiente privado, posto que “as mesmas são violências de gênero praticadas contra a mulher, ocorrendo mesmo nos casos em que estas já não têm um convívio (BADY, LIMA, SILVA, 2020, p. 127).

3 MACHISMO ESTRUTURAL E VIOLÊNCIA OCULTA NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS

De acordo com a pesquisa “Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil” (IBGE, 2018), dentre os jovens com idade compreendida entre 25 a 44 anos, o percentual de homens que concluiu a graduação foi de 15,6%, enquanto o de mulheres alcançou 21,5%, demonstrando como a mulher está presente no ensino superior buscando o aperfeiçoamento para o mercado de trabalho. Mesmo estando em maior número nas universidades, devido à divisão sexual do trabalho, a mulher não desfruta de condições semelhantes aos homens para o pleno exercício de sua profissão. De acordo com SILVA e RIBEIRO

as mulheres que ingressam na universidade em cursos tradicionalmente masculinos não recebem durante os anos de graduação estímulos para realizar pesquisas, necessitando ainda conviver num ambiente hostil à sua identidade de gênero. Além disso, preconceitos,

casamento, gravidez, filhos, competitividade, falta de incentivos e oportunidades são fatores que contribuem para o desestímulo da mulher na carreira científica (SILVA; RIBEIRO, 2012, p. 189.).

A “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua”, realizada pelo IBGE no ano de 2017, os homens recebem em média R\$ 2.410,00, ao passo que as mulheres têm rendimento mensal de R\$ 1.868,00. A inserção feminina na universidade não gera o fim da desigualdade de gênero, dado que novas formas de violência, que vão além das tipificadas na Lei 11.340/06, surgem para assombrar o cotidiano feminino, gerando consequências avassaladoras para o bem estar da mulher. Segundo a cartilha “VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA UNIVERSIDADE: Onde buscar ajuda?”, realizada pela CAV-MULHERES USP-RP, no ano de 2017, as agressões mais comuns dentre os universitários são o assédio sexual, a coerção, a violência sexual, a violência física, a desqualificação intelectual e a agressão moral/ psicológica.

muitas manifestações de violências que ocorrem no interior das universidades entre pessoas conhecidas, colegas de cursos, estudantes em geral, professores/as e servidores/astem evidenciando um vasto e complexo leque de situações e de fatos, que se expressam através dos trotes agressivos, práticas de racismo e de homofobia entre estudantes, assédios sexuais e moral, agressões físicas e uso de uma semântica violenta ao nominar as jovens insinuando que são promiscuas, fáceis de ‘pegar’, etc (BANDEIRA, 2017, p. 52).

O âmbito universitário, por ser um ambiente historicamente masculinizado e machista, distorce a concepção do que seria violência de gênero e especificamente a percepção da violência sexual dentro dos câmpus. A falta de discussão a respeito de referido tema, atrelada com a postura negligente das instituições de ensino, “indica que elas os aceitam, mas não querem que os problemas se tornem públicos ou graves (mortes, por exemplo), porque afetam suas imagens e prejudicam a carreira dos agressores (ALMEIDA, 2017, p. 391). Deste modo, a omissão das instituições de ensino em promover debates educacionais para a percepção das agressões dentro da faculdade, faz com que exista um tabu com o termo, além de tornarem normais e aceitáveis condutas e comportamentos que humilham e segregam a mulher.

As cervejadas e festas são regradas com cantadas e apelidos com insinuações sexuais ofensivas, ingestão forçada de bebidas alcoólicas ou drogas, além de toques, puxões e agarrões sem consentimentos, intitulados como “mão boba”. Conceituados apenas como brincadeiras naturais os acadêmicos não compreendem que praticar tais atitudes ensejam em abusos, pois conforme a pesquisa “Violência contra a mulher no âmbito universitário”, realizada pelo Instituto Avon/Data Popular, no ano de 2015, 27% dos homens universitários não acreditam que tirar vantagem de uma garota se ela estiver alcoolizada incita em violência. Segundo a mesma pesquisa, 35% dos alunos não consideram violência coagir uma mulher a participar de atividades degradantes como desfiles e leilões, demonstrando como a depreciação e sexualização do corpo feminino é evidente e escancarada nas participações indesejadas das calouras em tais eventos.

Os trotes e jogos universitários, apesar de configurarem como uma comemoração e integração dos novos estudantes, “passaram a compor um circo de horrores e violências testando a capacidade humana em cometer abusos contra outros seres humanos (CARDOSO, 2016, p. 118). Conjuntamente, referidos atos são repletos de violências veladas contra a mulher, pois os beijos sem anuência dos veteranos nas calouras, as abordagens agressivas e imposições sexuais são tratados como piadas e o sofrimento feminino é ridicularizado e tido como “frescura”.

A violência “se manifesta sutilmente, por meio da depreciação do gênero em discursos sexistas, podendo, até mesmo, passar despercebida” (DIOTTO, SOUTO, 2017) como nos casos dos rankings de beleza e concursos de Miss, comumente realizados em eventos universitários. Estas competições desqualificam a mulher e a julga apenas pelo seu corpo e não por todas as suas capacidades além taxar o que seria considerado uma aparência bela de acordo com os ideais de beleza masculinos. Neste entendimento, ALMEIDA destaca que

as calouras destinadas a posições secundárias por terem suas marcas corporais e sexuais destacadas, não suas capacidades intelectuais. Esta é uma forma de enunciar-lhes através de cenas grotescas, bem como às mulheres em geral, que seu lugar ainda é o da passividade, do objeto de prazer masculino e da subjugação (ALMEIDA, 2017, p. 389).

A violência de gênero nas universidades se enquadra nas diretrizes da Lei Maria da Penha, pois apesar da lei fazer referência a agressões no âmbito familiar, deve-se pontuar que tais hostilidades podem ocorrer tanto no âmbito privado quanto no público. A naturalização e o menosprezo de tais atitudes discriminatórias geram conseqüências alarmantes, pois faz com que a vítima não denuncie seus agressores por medo de sofrer retaliações, “muitas vezes vexatória e de ter sua vida e sua conduta em julgamento de culpa” (FUKUDA, 2012, n.p.). Deste modo, “além do trauma, medo e vergonha – a culpabilização das vítimas é freqüente” (BARROS, 2014, n.p.), fazendo com que sofram uma dupla vitimização, dentro de um ambiente que deveria ser acolhedor e seguro.

As acusações de violência, tanto no Brasil quanto em outros países, são “varridas para debaixo do tapete” tanto pelas instituições de ensino quanto pela sociedade em geral. O Jornal O Globo, em maio de 2015, publicou uma reportagem sobre um caso de abuso sexual na Universidade de Columbia, que ganhou forte repercussão devido à vítima ter carregado pela universidade um colchão, protestando contra a inércia da instituição a respeito de sua denúncia de estupro contra um colega. No Brasil o tratamento de acusações sobre violência sexual, como assédio e estupro, também é bastante ineficaz. Somente no mesmo ano da denuncia do caso norte americano, de acordo com reportagem publicada no portal do Jornal Nexo, em julho de 2018, que foi instaurada uma CPI, conhecida como CPI do Trote, para investigar atos discriminatórios dentro dos campus das universidades do estado de São Paulo.

A impunidade dos autores de crimes contra a mulher no âmbito universitário somente reflete a não compreensão da violência de gênero na sociedade, em especial a violência sexual. Deste modo, afasta da concepção social que “o estupro ou qualquer ato sexual violento é inaceitável porque revela um profundo desrespeito à autonomia feminina” (CAMPOS et al, 2017, p. 1001).

A legislação brasileira salvaguarda os direitos femininos em várias tipificações, principalmente na Lei 11.340/06, que possui um caráter preventivo, enunciando “uma série de políticas públicas destinadas a prevenir e erradicar a violência doméstica contra as mulheres, que se implementadas são capazes de reformar a sociedade” (NASCIMENTO, 2017, p. 3). A Lei Maria da Penha por ser uma lei preventiva necessita ser mais discutida nas escolas e nas universidades, colocando a mulher em situação de igualdade e de proteção quando vítima de violência. Assim, deve-se compreender que a utilização do caráter preventivo da Lei Maria da Penha dentro das universidades, aliada com discussões e fundamentações, são imprescindíveis para a real concepção do que é o estupro dentro das universidades.

A burocratização dos estabelecimentos de ensino faz com que não ocorram punições aos agressores, pois a faculdade teme que o autor, quando não for condenado, se volte contra a instituição e a processe. Neste passo,

as praticas e as relações estudantis, de docentes e funcionários vivenciadas no âmbito da Universidade, sem que ela enfrente de maneira mais assertiva, tem um caráter de manutenção das oposições binárias e hierárquica do masculino e feminino, de confronto das identidades múltiplas que no cotidiano acabam por aprofundar as desigualdades provenientes de vários marcadores sociais como de gênero, classe, de raça, de sexualidade, de confissão religiosa e partidária (POSSAS, 2017, p. 104).

Cabe ressaltar que a esfera penal não está interligada com a administrativa, podendo a universidade aplicar medidas que julgue necessárias, como a suspensão ou expulsão. Contudo, o medo de sofrer retaliações midiáticas é mais significante que o bem estar da vítima, que continua a conviver diariamente com seu abusador pelos corredores e salas de aula.

CONCLUSÃO

A dominação masculina, desde a antiguidade, legitima ações e comportamentos machistas que possuem o intuito de controlar a autonomia, sexualidade e o corpo da mulher. O patriarcado ainda está presente na sociedade e se manifesta por meio da desigualdade e da violência de gênero, que são naturalizadas e menosprezadas. Atualmente, a mulher ainda permanece em situação de submissão dentro de seu próprio lar sendo vítima de constantes agressões, além de ter suas vozes silenciadas no momento que tenta denunciar o ataque sofrido.

A desigualdade de gênero se expressa tanto na esfera privada quanto na pública, tendo em vista que as mulheres ainda permanecem em situação hierarquicamente inferior aos homens no

mercado de trabalho. Ademais, mesmo quando desempenham função igual recebem menor remuneração ou não alcançam cargos de chefia tão facilmente quanto os homens. Deste modo, verifica-se que a divisão sexual do trabalho, historicamente, segrega a mulher a cargos de menor prestígio ou destinados ao cuidado e zelo.

Ressalta-se que a violência de gênero também é um reflexo da dominação masculina, sendo uma forma cruel de controle e objetificação do corpo feminino. A violência pode se caracterizar em diversas formas, não se limitando somente para a agressão física, tendo em vista que a Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, expõe de igual modo a existência da violência moral, patrimonial, psicológica e sexual. Neste sentido, verifica-se a importância do estudo das relações abusivas para que a vítima encontre respaldo para notificar os casos de agressões e não seja considerada culpada pelo ataque sofrido, bem como para que não ocorra a dupla vitimização no momento da denúncia com o menosprezo da fala feminina.

Cumprir destacar como a desigualdade e violência de gênero estão presentes dentro dos campus universitário transformando sonhos de diversas mulheres em alcançar o ensino superior em um verdadeiro pesadelo. O ensino superior, por longos anos, foi destinado exclusivamente para a parcela masculina da população, posto que a mulher somente recebia educação básica ou voltada para o casamento.

Atualmente, a mulher está fortemente presente em cursos universitários, buscando conquistar uma qualificação e um lugar de prestígio no mercado de trabalho. Contudo, o que seria considerado um estímulo para a desconstrução de uma cultura patriarcal enraizada na sociedade, tornou-se um espaço para a perpetuação do controle do corpo feminino e da misoginia. A violência de gênero dentro dos campus universitário se revela de diversas formas, muitas vezes veladas e naturalizadas, como se fosse normal agressões morais, psicológicas e sexuais contra as mulheres. Desta forma, a vítima sente-se envergonhada e culpada para denunciar ou desencorajada a notificar casos de abusos em razão da falta de punição adequada.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Gabriela Serra Pinto de; LOCATELLI, Laís; AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. **Mulheres e direitos humanos**: uma perspectiva normativa acerca do enfrentamento da violência de gênero. Revista de políticas públicas. v. 24, 2020, p. 474-491. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/15160/8028>>. Acesso em: 12 out 2020.

ALMEIDA, Tânia Mara Campos. **Violências contra mulheres nos espaços universitários**. In.: Cristina Stevens et al. (orgs.), Brasil. Mulheres e violências: interseccionalidades. Brasília: Technopolitik, 384-399.

BADY, Janaína Bueno; LIMA, Adriano do Carmo Flores de; SILVA, Denise Regina Quaresma da. **As construções conceituais de gênero, sexualidade e corpo e seus impactos nas violências de gênero contra as mulheres.** Revista Educação e Linguagens, Campo Mourão, v. 9, n. 17, jul./dez. 2020, p. 115-133. Disponível em: <<http://revista.unespar.edu.br/index.php/revistaeduclings/article/view/82/56>>. Acesso em: 10 out 2020.

BANDEIRA, Lourdes Maria. **Trotes, assédios e violência sexual nos campi universitários no Brasil.** Revista Gênero, Niterói/RJ, vol. 17. N. 2, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/31263>> . Acesso em: 06 out. 2020.

BARROS, Virgínia. Universidade e violência contra as mulheres: vamos falar sério sobre o assunto?, 2014. Disponível em: <<https://une.org.br/2014/11/universidade-e-violencia-contra-as-mulheres-vamos-falar-serio-2/>>. Acesso em: 06 out. 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: Fatos e Mitos.** Tradução: Sérgio Milliet. - 4ª ed. - São Paulo/SP: Editora Divisão Européia do Livro, 1970.

BIROLI, Flávia. **Mulheres e política nas notícias:** Estereótipos de gênero e competência política. Revista Crítica de Ciências Sociais, Set. 2010. p. 45-69. Disponível em <<https://journals.openedition.org/rccs/1765>> Acesso em: 02 de out. 2020.

BIROLI, Flávia. **Divisão Sexual do Trabalho e Democracia.** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 59, nº 3, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/dados/v59n3/0011-5258-dados-59-3-0719.pdf>. Acesso em 03 de out de 2020.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina.** Tradução: Maria Helena Kuhner. - 2ª ed. - Rio de Janeiro/SP: Bertrand Brasil, 2002.

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: 08 out. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein et al. **Cultura do estupro ou cultura antiestupro?** Revista Direito GV, v. 13, n. 3. São Paulo/SP, set-dez, 2017.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello (org.). **Universidade, poder e direitos.** - 1ª ed. - São Paulo: Cultura Acadêmica, 2016.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil:** uma radiografia segundo os dados da Saúde. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília/ DF. 2014.

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 02 de out de 2020.

COMISSÃO PARA APURAR DENÚNCIAS DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES E GÊNERO (CAV-MULHERES USP-RP). **Violência de gênero na universidade: Onde buscar ajuda?**. São Paulo/SP, 2017.

DIOTTO, Nariel; SOUTO, Raquel Buzatti. **Desigualdade de gênero e misoginia: a violência invisível**. 10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito. Rio Grande do Sul.

FÁBIO, André Cabette. **O que mudou na USP depois da CPI dos Trotes de 2014**. Nexo Jornal. 19 de julho de 2018. Disponível: <<https://www.nexojournal.com.br/entrevista/2018/07/19/O-que-mudou-na-USP-depois-da-CPI-dos-Trotes-de-2014>>. Acesso em: 06 out. 2020.

FREITAS, Maria Victória Pasquoto de; COSTA, Marli Marlene Moraes da. **A desconstrução do conceito de mulher-família para mulher para-si: uma análise sobre a (re)inclusão das mulheres na sociedade e no mercado de trabalho contemporâneo**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n.32, 2020, p. 297-316.

FUKUDA, Rachel Franzan. **Assédio Sexual: uma releitura a partir das relações de gênero**. Revista Simbiótica - Universidade Federal do Espírito Santo - Núcleo de Estudos e Pesquisas Indiciárias. Departamento de Ciências Sociais, v.ún., n.01. jun. 2012.

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Tradução: Bhuvi Libanio. 11ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). **Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD)**. 2017.

INSTITUTO AVON; DATA POPULAR. **Violência contra a mulher no ambiente universitário**. 2015.

JOHAS, Bárbara Cristina Mota; SILVA FILHO, Alberto Luís Araújo. **Múltiplas violências contra as mulheres, as hierarquias de gênero e as masculinidades**. Revista Espaço Acadêmico, v. 20, n. 224, set./out, 2020, p. 26-36. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/55144/751375150774>. Acesso em: 10 out. 2020.

____. LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006.

LOMBARDI, Maria Rosa. **Mulheres em carreiras de prestígio: conquistas e desafios à feminização**. Cadernos de Pesquisa. v.47. n.163. jan./mar. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cp/v47n163/1980-5314-cp-47-163-00010.pdf>>. Acesso em: 05 de out. 2020.

NASCIMENTO, Flávia Brasil Barbosa do. **A Proteção integral às mulheres em situação de violência doméstica: as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor na Lei nº 11.340/06 e sua eficácia**. ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro/RJ, 2017.

O GLOBO. Aluna que protesta contra estupro na Universidade de Columbia leva colchão para cerimônia de formatura. 19 de maio de 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/aluna-que-protesta-contr-estupro-na-universidade-de-columbia-leva-colchao-para-cerimonia-de-formatura-16204294>>. Acesso em 06 out. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A Mulher na Sociedade de Classes: Mito e Realidade**. Petrópolis: Vozes, 1976.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo/SP: Fundação Perseu Abramo, 2004.

POSSAS, Lúcia M V. **Sobrevivências e Violência de Gênero no Espaço: avanços, ambigüidades e perspectivas**. Revista do Instituto de Políticas Públicas de Marília, Marília, v.3, n.1, p. 97-106, Jan./Jun., 2017.

SILVA, Fabiane Ferreira; RIBEIRO, Paula Regina Costa. **A inserção das mulheres na ciência: narrativas de mulheres cientistas sobre a escolha profissional**. Linhas Críticas, vol. 18, n. 35, 2012, pp. 171-191. Disponível em <<https://www.redalyc.org/pdf/1935/193523804011.pdf>>. Acesso em 05 de out de 2020.

SILVA, Renata Alves. **As relações de poder e violência contra a mulher: na saúde e na doença, na alegria e na tristeza**. 2º Encontro internacional de estudos de gênero. Espírito Santo. 2016.