

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA I



V SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



ORGS.
Valter Foletto Santin
Antonio Sérgio Cordeiro Piedade

2015 – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (V SIACRID)

Valter Foletto Santin; Antonio Sérgio Cordeiro Piedade
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica do V SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho López (Universidade de Murcia)
Prof. Dr. Sergio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Violência e Criminologia I / Valter Foletto Santin; Antonio Sérgio Cordeiro Piedade, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. (Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-22-7

1. Violência e Criminologia I / Valter Foletto Santin; Antonio Sérgio Cordeiro Piedade.

CDU-344

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Penal Especial
344

As idéias 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.

SUMÁRIO

O TERRORISMO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	05
Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO Matheus Arcangelo FEDATO	
OS REFLEXOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR NA VIDA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UM MAL IRREPARÁVEL?	28
Delaine Oliveira Souto PRATES Sílvia Leiko NOMIZO	
PANACEIA PUNITIVA: O DISCURSO DO MEDO COMO INSTIGADOR DO EXPANSIONISMO PENAL	49
Matheus Gomes CAMACHO Guilherme Fonseca de OLIVEIRA	
UMA ANÁLISE DA LEI DO FEMINICÍDIO A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA	68
Gabriela BULCÃO Ana Nayara CARAUBA	
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: ANÁLISE CRÍTICA DE PONTOS AINDA TISNADOS DA LEI MARIA DA PENHA	82
Glauco Roberto Marques MOREIRA Claudinei ALVES	
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E OS REFLEXOS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA	105
Giovanna Rossetto Magaroto CAYRES Viviane Boacnin Yoneda SPONCHIADO	
VITIMIZAÇÃO INFANTIL NOS CRIMES SEXUAIS INTRAFAMILIARES	122
Zuleika Okabe dos SANTOS Luiz Fernando KAZMIERCZAK	
CONVERGÊNCIA MARGINAL: NOÇÕES DE CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA DISCOGRAFIA DE BEZERRA DA SILVA	146
Andreza Cristina MANTOVANI Luiz Rosado COSTA	

IMPACTOS DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA BRANCA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	167
João Augusto Arfeli PANUCCI Pedro Augusto de Souza BRAMBILLA	
SELETIVIDADE CRIMINAL E VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS	188
Gustavo de Souza PREUSSLER	
PENA DE PRISÃO – A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL MÁXIMO E UM DIREITO SOCIAL MÍNIMO	208
Fernanda de Matos Lima MADRID André Félix Gustavo BARRETO	

O TERRORISMO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO¹

Matheus Arcangelo FEDATO²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o atual Sistema Penal, o qual deve ter como pressuposto a defesa dos bens mais importantes de uma sociedade, importando-se com aqueles crimes de grande potencial ofensivo aos valores sociais, bem como o terrorismo dentro da ótica do Direito Penal do Inimigo. Procura-se demonstrar que o Direito Penal objetiva uma atuação em *ultima ratio*, somente quando outros ramos do direito não conseguem êxito na resolução dos conflitos. Dentro da problemática apresentada procura-se demonstrar a relação existente entre a atuação tipificação existente acerca dos atos terroristas e o Direito Penal do Inimigo, sendo aquele uma exteriorização desse. Objetiva-se, mediante este artigo, o estudo da relação entre a legislação penal terrorista no ordenamento jurídico brasileiro e o Direito Penal do Inimigo. Para atingir o objetivo do estudo, foi utilizado o método dialético e hipotético – dedutivo, além de meios de pesquisa documental, eletrônico e bibliográficos.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes. Terrorismo. Direito Penal do Inimigo. Legislação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the current Penal System, which should have as its premise the defense of the most important assets of a company, caring for those crimes of great potential offensive to social values as well as terrorism within the perspective of the Enemy Criminal Law. It seeks to demonstrate that the Criminal Law aims at a performance in last resort, only when other branches of law can not succeed in resolving conflicts. Within the problematic presented seek to demonstrate the relationship between the existing classification performance about the terrorist acts and the Enemy Criminal Law, being that one an manifestation of this. The objective is to, through this article, the study of the relationship between terrorist criminal legislation in the Brazilian legal system and the Enemy Criminal Law. To achieve the goal of the study, it was used the dialectical method and hypothetical - deductive, and documentary research means, electronic and bibliographic.

KEYWORDS: Crimes. Terrorism. Enemy Criminal Law. Legislation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar um estudo acerca do atual Sistema Penal, bem

¹ Estudante de Graduação – UENP.

² Estudante de Graduação – UENP.

como do terrorismo e do Direito Penal do Inimigo, sendo o objetivo a análise dedutiva da possível enquadramento daquele como hipótese desse e da utilização em *ultima ratio* do Direito Penal. Os atos considerados como terroristas são postos sob o prisma do Direito Penal do Inimigo, buscando-se encontrar a correlação entre um e outro.

A justificativa e a relevância social de se abordar este objeto de estudo estão relacionadas ao fato de que a sociedade está constantemente sendo abalado por atos terrorista, além da existência do projeto de lei 499, de 2013, o qual procura definir um conceito penal de terrorismo. A análise em conjunto com o Direito Penal do Inimigo é necessária tendo-se em vista as características principais que o definem estimulam um estudo especial e mais detido do tema.

Portanto, a problematização abordada encontra-se no fato que as legislações terroristas, tanto brasileiras como internacionais, tratam o crime de terrorismo como forma de “guerra ao terror”, passando por cima do Estado Democrático de Direito e das garantias fundamentais, mais especialmente da dignidade humana. Destarte, o foco é a busca da interpretação por dois prismas, sendo objetivada uma conclusão dedutiva acerca da possibilidade ou não do enquadramento do tratamento do terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro como uma forma de exteriorização do Direito Penal do Inimigo.

Com essa linha de raciocínio, o objetivo colocado é primeiramente o estudo do Direito Penal do Inimigo, sendo abordados sua criação e criador, histórico, críticas e fundamentos jus-filosóficos. Após, busca-se a análise do terrorismo, desde a conceituação atual trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro até observações feitas por meio do Direito Comparado.

O referencial teórico está baseado nas teorias do professor alemão Günter Jakobs, precursor da teoria do Direito Penal do Inimigo, e nos ensinamentos de Eugênio Zaffaroni, notadamente conhecido pelos trabalhos acerca do tema. Quanto ao terrorismo, as considerações feitas estão atrelados à Constituição de 1988, à lei de Segurança Nacional, à lei de crimes hediondos e ao projeto de lei 499, de 2013.

Como forma de solucionar o questionamento levantado foi utilizado o método hipotético-dedutivo e dialético, sendo postos em estudo o terrorismo e o Direito Penal do Inimigo objetivando-se uma conclusão a partir da premissa. Como técnica de pesquisa foram utilizados os meios de pesquisa documental, eletrônico e bibliográficos.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Quando se estuda a caracterização das funções do Direito Penal, chega-se a conclusão de que ele tem por fim proteger os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, e a população enxerga nesse ramo uma fonte de sua segurança diante da quebra da expectativa de um comportamento feita por um indivíduo, uma vez que os cidadãos esperam que seus semelhantes sigam regras para uma boa convivência. Quando o direito penal apresenta uma conduta como crime, depreende-se que tal conduta é perniciosa para a sociedade, devendo ser reprimida e receber a devida sanção, na medida da relevância do bem jurídico atingido. Infelizmente, hoje, a sociedade apresenta uma visão distorcida das funções do direito penal, no momento em que se influenciam por mídias sensacionalistas que apontam que tal ramo do direito deve ser rígido ao extremo diante do cometimento de um crime grave.

Tais mídias, montadas de jornalistas que, na maioria das vezes, não são embasados em conhecimento técnico e científico sobre o tema, mostram com maior destaque e fervor os casos excepcionais, como os crimes hediondos e casos dignos de repulsa, convencendo as pessoas de que o recrudesimento de penas e a consequente exclusão dos infratores da sociedade seria a solução da criminalidade. Existem teorias que pregam como o direito penal deve ser utilizado diante de determinadas situações, de maneira que se encontra maximizado ou minimizado. Segundo Greco,

a crítica abolicionista é construída desde o momento em que surge a lei penal, proibindo ou impondo determinado comportamento, sob a ameaça de sanção, questionando os critérios, bem como a necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal. (GRECO, 2006, p. 12)

Portanto, conclui-se que o movimento abolicionista, também conhecido como Direito Penal Mínimo, enseja executar a menor quantidade de punições possíveis. Essa corrente entende que a punição não trás necessariamente a solução de um problema. Todavia, isso não significa que haja uma impunidade; a teoria apenas prega que não se deve punir com uma visão de “tolerância zero”, além de se preservar, no caso da punição, as

garantias e os direitos individuais. Num campo diametralmente oposto vem o movimento de Lei de Ordem, o qual, preconiza a ideia de que o Direito Penal é a solução de todos os problemas que atingem a sociedade e deve proteger todos os bens jurídicos existentes, pregando o discurso do Direito Penal Máximo.

De acordo com KAZMIERCZAK (2009, p. 63), diante desses bens jurídicos protegidos, não se questiona o seu valor ou sua gravidade, nem se a punição é realmente necessária. Ou seja, não somente os crimes graves seriam punidos com rigidez, mas também aqueles que têm valor quase irrelevante para a vida em sociedade. Diante dos crenes dessa teoria, as penalidades resolvem as situações, de modo que o cidadão pensaria com mais cautela sobre os resultados que tal ato pode trazer, antes de cometer o delito, criando assim uma solução que não ataca a raiz do problema, mas somente a consequência. Assim, busca-se “educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, fazendo com que os comportamentos de pouca monta, irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico” (GRECO, 2006, p. 19), sendo que o Direito Penal seria feita sob *prima ratio*, e não como *ultima ratio*.

Uma consequência dessa política seria o aumento do número de infrações cometidas, uma vez que há uma maior tipificação de condutas, tanto as ofensivas quanto as pouco ofensivas. Por conseguinte, a eficácia e o crédito do Direito Penal decairiam pelo fato de se tornar mais dificultoso punir todos os delitos, aumento ainda mais o número de cifras negras (KAZMIERCZAK, 2009, p. 64). Para GRECO, (2006, p. 22), o Direito Penal Máximo tem como membro de sua família o Direito Penal do Inimigo. O Direito Penal do Inimigo é uma teoria que foi desenvolvida pelo professor e alemão Günter Jakobs, no período de tempo entre 1980 e 1990. Encontra-se nessa teoria uma divisão em duas distinções essenciais: no âmbito dogmático, existem pessoas e não-pessoas; já no âmbito da política criminal, encontra-se uma separação entre um Direito Penal do cidadão e outro do inimigo. (SÁNCHEZ, 2007, p. 02).

Prova disso é que “denomina-se ‘Direito’ o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação” (JAKOBS, 2007, p. 25). De acordo com KAZMIERCZAK, (2009, p. 69), “ao cidadão seria aplicado as regras normais de pacificação social, quanto ao inimigo haveria um tratamento mais rigoroso, especial em relação àquele.” O Direito Penal do

cidadão, para Prado, “define e sanciona delitos cometidos acidentalmente por cidadãos, pessoas que normalmente estão vinculadas às normas e submetidas ao direito e que, somente de forma incidental, manifestam abusos de condutas nas relações sociais em que participam” (PRADO, 2013, p. 133). Ou seja, o Direito Penal se dirige as pessoas que vivem dentro do regramento jurídico e se submetem ao Direito, porém em algumas circunstâncias podem vir a cometer delitos e desvios de conduta, contudo, sem habitualidade, não oferecendo assim uma insegurança ao Estado.

Já o Direito Penal do Inimigo visa combater delinquentes que cometem abusos ao ordenamento de forma recorrente, e por isso, perdem sua personalidade no mundo jurídico; essa especificidade do Direito Penal encontra um “Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado” (GRECO, 2006, p. 23). Ou seja, os direitos individuais não são aplicados e assegurados a esses delinquentes, uma vez que, por cometerem os crimes e não se submeterem ao Direito e as regras de pacificação social sofrem a perda do título de cidadão, sendo este o único que tem direitos às suas garantias como pessoa. Diante disso, destaca-se a explicação de Zaffaroni, de que quando uma pessoa é considerada como inimigo, retira-se dela a própria condição de pessoa, pois

não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*. (ZAFFARONI, 2007, p. 18)

Resumidamente, JAKOBS (2007, p. 30) afirma que “o direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”. Os inimigos do Estado recebem esse tratamento diferenciado por oferecerem um perigo à sociedade de forma geral, de maneira que o indivíduo “não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”. (JAKOBS, 2007, p. 35). Para essa teoria, o correto seria evitar infortúnios futuros, reprimindo desde atos relacionados à preparação, não envolvendo punição somente a fatos cometidos. No entanto, como todos os cidadãos estão sujeitos a cometer crimes, não é qualquer comportamento delituoso que irá despersonalizar o cidadão,

pois existem casos em que a conduta do indivíduo infringe as normas sem, contudo, atingir o Estado e suas instituições, sofrendo o ofensor apenas uma coação, por meio da pena (JAKOBS, 2007, p. 32). Já o delinquente quebra a expectativa depositada em si, de maneira constante (JAKOBS, 2007, p. 34), ou seja, quebra o vínculo que a sociedade cria entre os que nela vivem, perdendo assim as garantias e direitos decorrentes da cidadania. Isso significa que o delinquente insiste no erro, e o Estado aplica o Direito Penal do inimigo na procura de segurança.

Jesús-María Silva Sánchez resume essa questão da seguinte forma: o indivíduo não nasce “inimigo”, mas se torna um por meio do abandono duradouro do Direito e essa “transição da condição de ‘cidadão’ para ‘inimigo’ iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas” (2002, p. 149). No que se refere a essas organizações delitivas estruturadas acima citadas, pode-se afirmar que alude organizações criminosas, como o terrorismo, tráfico de pessoas e de drogas, entre outros.

Jakobs, na tentativa de justificar sua teoria, afirma que:

O direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue como sendo pessoa. Mas o Direito Penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. (JAKOBS, 2007, p. 29)

Greco, explicando a teoria de Jakobs, afirma que grupos terroristas e organizações criminosas são elaborações feitas por pessoas que decidem se desviar do Direito (GRECO, 2006, p. 23). Dessa forma, para se entender o porquê desse tratamento diferenciado de um inimigo frente ao Estado, Jakobs afirma que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”. (JAKOBS, 2007, p. 36). No entanto, quando se estuda essa teoria, é necessário, para seu bom entendimento, deixar claro alguns pontos específicos, como o significado de inimigo e o de pessoa. A explanação sobre quem é o inimigo já foi feita, que de forma resumida seria aquele que apresenta perigo ao Estado, desviando do Direito de forma habitual e definitiva. Isto posto, deve-se demonstrar sintetização do significado de pessoa, a qual, de acordo com Prado, seria “uma construção social que representa o destino das expectativas normativas e, entendida como condição, pode ou não ser atribuída a um

indivíduo”. (PRADO, 2013, p. 135). Além disso, pode-se acrescentar que a designação de inimigo vai além do ambiente interno de um determinado local, e abrange também os estrangeiros, ou os *hostis alienígenas*. Dessa maneira,

o estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo troncal que abarcará todos os que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como estranhos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos. (ZAFFARONI, 2007, p. 22)

No que se refere à questão do hostil, pode-se afirmar que seria definido como o inimigo, sendo que “o estrangeiro, o estranho, o inimigo, o hostis, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade.” (ZAFFARONI, 2007, p. 22). Como foi possível notar, ainda existem hostis atualmente, que são assim considerados pelo Estado e pela comunidade. Para se determinar como eles são pode-se afirmar que

o hostil nos dias de hoje é submetido à contenção como indivíduo perigoso apenas na estrita medida da necessidade, ou seja, só se priva o inimigo do estritamente necessário para neutralizar seu perigo. Em outras palavras, esta não seria nada além de uma simples limitação do princípio do Estado de direito imposta pela necessidade e em sua estrita medida. (ZAFFARONI, 2007, p. 24)

A estrita medida da necessidade acima citada seria uma maneira de policiar e dominar o indivíduo que fosse considerado como inimigo, ou seja, se aplicaria um Direito Penal diferenciado aos que são considerados como uma ameaça para justamente neutralizar o perigo que representam para a sociedade (KAZMIERCZAK, 2009, p.70). Contudo, Zaffaroni faz um alerta em sua obra sobre o perigo que consiste em tratar alguém de acordo com a estrita medida da necessidade: “O grau de periculosidade do inimigo - e, portanto, da necessidade de contenção - dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder.” (ZAFFARONI, 2007, p. 25). Decorrente de tal afirmação, depreende-se que cabe aos detentores do poder identificar qual seria essa medida, e tal arbítrio leva a situações extremistas e opressoras por parte das autoridades em relação à população submetida às suas regras.

A teoria do Direito Penal do Inimigo encontra grande resistência em grande parte da doutrina, pois vai de encontro com princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, além de contradizer o ideal de um Estado Democrático de Direito, uma vez que

retira a personalidade, e consequentemente, direitos e garantias de algumas pessoas, bastando, para isso, uma atitude do legislador. Tal teoria se opõe inclusive com a finalidade do Direito Penal, uma vez que este pune os fatos cometidos, já no Direito Penal do Inimigo “pune-se pela condição de ser e não pela razão daquilo que se cometeu”. (KAZMIERCZAK, 2009, p. 72) Também vale constar a afirmação de Zaffaroni, de que não necessariamente todos os direitos são arrancados do indivíduo, sendo que alguns deles podem permanecer, como o direito de contrair matrimônio, reconhecer filhos, entre outros.

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (...) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. (ZAFFARONI, 2007, p. 18)

Sobre o assunto, depreende-se que “dizer que a sociedade, na qual todos nós estamos inseridos, é composta por cidadãos e por inimigos, onde estes últimos devem receber tratamento diferenciado, como se houvesse um estado de guerra, é voltar ao passado”. (GRECO, 2006, p. 28), sendo que tal estado de guerra seria composto por autoritarismo, discriminações e injustiças. De acordo com Prado, as próprias “características do Direito Penal do inimigo representam essencialmente uma refutação aos postulados do Direito Penal liberal e garantista, próprio do Estado democrático de Direito” (PRADO, 2013, p. 134). Admitir vertentes do Direito Penal do Inimigo dentro de uma sociedade regida por um Estado Democrático de Direito, e em especial, pela Constituição Federal Brasileira, é algo extremamente contraditório com relação ao que o legislador prescreveu na formulação das normas vigentes; como explica Zaffaroni, “o inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de Estado absoluto.” (ZAFFARONI, 2007, p. 12), assim, pode-se notar que a formulação teórica do Direito Penal do Inimigo não se encaixa numa democracia e num Estado de Direito porque,

Dentre as características do Direito Penal do Inimigo, encontram-se a antecipação

da punibilidade para “combater perigos, de forma a alcançar momentos anteriores à realização de fatos delituosos, até mesmo meros atos preparatórios, por seu autor integrar uma organização que atua à margem do Direito” (PRADO, 2013, p. 134), além de haver uma desproporcionalidade das penas aplicadas aos inimigos e também a redução de direitos e garantias individuais nas esferas material e processual penal, assim como há a existência de dispositivos que dificultam benefícios.

A FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria de Jakobs se sustenta em filósofos com bases contratualistas, como Kant e Thomas Hobbes. O fundador da teoria do inimigo comenta em seu livro outros filósofos contratuais que enxergam o Estado “de modo restrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste” (JAKOBS, 2013, p. 25) Ou seja, aquele que não se submete ao contrato social, seguindo suas regras, terá como consequência o custo de não receber os proveitos dele provenientes. Pode-se compreender que, a partir do cometimento de um delito, ou seja, da quebra do contrato estabelecido em sociedade, a pessoa já é considerada como inimigo, sem nenhum outro critério, com base no fato de que “qualquer pena, ou inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo” (JAKOBS, 2013, p. 25) Para exemplificar, Rousseau citado por Jakobs diz que “qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este” (JAKOBS, 2013, p. 25). Pode-se observar, portanto, diante desses filósofos, que uma parte da concepção do Direito Penal do Inimigo tem origens nada recentes, de modo que, no sentido de proteger as instituições e poder do Estado e o contrato social, fazia-se possível até mesmo desconsiderar a cidadania de uma pessoa e retirar seus direitos básicos.

No entanto, Jakobs aponta que as linhas de raciocínio de Fichte e Rousseau são abstratas no que se refere à separação entre cidadão e seu direito e o injusto do inimigo. O autor entende que o criminoso deve permanecer no ordenamento jurídico, de modo que possa se readequar na sociedade e também na esfera do Direito, precisando, para isso, de seu status de pessoa, além de ser preciso a reparação do dano pelo delinquente, não sendo necessária a sua dispensa da sociedade por seu erro de maneira opressora. Por isso, o autor da teoria do inimigo identificou-se com o ponto de vista de Hobbes, o qual afirmava que

“por mais grave que seja um delito, seu autor não é um inimigo; porém, quem resiste ao soberano é inimigo, porque se torna estranho ou estrangeiro ao sair do contrato”. (ZAFFARONI, 2007, p. 125).

Depreende Jakobs, resumidamente, que “para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, de per si, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é” (JAKOBS, 2013, p. 28). Também há uma identificação com Kant, pois Jakobs explica que, segundo o raciocínio de Kant, não se deve tratar como pessoa quem é uma ameaça, pois se lida com alguém que não se obriga a entrar num estado de cidadão. (JAKOBS, 2013, 29). Portanto, aquele que não se submete as regras daqueles que vivem na cidadania, não merecem o tratamento de pessoa.

Portanto, presume-se que o Direito Penal do Inimigo tem por fim excluir indivíduos considerados subversivos, taxados de inimigos, por meio do recrudesimento de penas e tratamento diferenciado, ferindo assim, preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito, além de garantias referentes à pessoa e dignidade humana. Mostrar-se-á que a abordagem diferenciada típica do Direito Penal do Inimigo se apresenta no ordenamento jurídico, como no caso do terrorismo, sendo que o terrorista é o inimigo da sociedade, entre outros casos semelhantes.

DO TERRORISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O terrorismo é um ato extremamente antigo, e ainda assim, os legisladores e doutrinários não conseguiram chegar a uma definição exata do que esse termo realmente deseja expressar. No mundo existem diversos tratados que versam sobre a questão do terrorismo, pois se sabe a gravidade dos atos que o terror podem causar, e os Estados, na tentativa de buscar maior segurança para o seu povo, cria normas e meios para inibir tais atos. Para tanto, geralmente o uso do Direito Penal é feito, instrumentalizando penas mais rígidas dirigidas aos que cometem o citado ato. Como foi dito, o Direito Penal busca tutelar os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, porém, no crime configurado como terrorismo, não existe só um bem jurídico a ser resguardado, e sim diversos, tamanha a complexidade do assunto. De fato, para GUIMARÃES (2007, p. 51), são tidos como bem jurídicos tutelados, no crime de terrorismo: a segurança, a incolumidade e a paz públicas, ou em outras palavras, a ordem pública e a paz social.

No Brasil, o tema não é muito difundido, uma vez que existe a falsa sensação que não estamos sujeitos a tais acontecimentos. Todavia, o terrorismo deveria ser estudado e as legislações contribuírem com normas a respeito, primeiramente definindo o conceito e culminando penas, além de preservar os direitos básicos do indivíduo, caso algum dia venha acontecer. Geralmente, em casos de ataques, normas imediatistas são feitas as pressas, impregnadas de falhas e erros graves, e por isso se tem a necessidade de uma antecipação ao problema, com a criação de normas que buscam ser corretas e justas.

Franco explica a aleatoriedade do terrorismo, pois ocorre em locais incertos, além de pessoas inocentes sofrerem com o ato, sendo vítimas de um ataque surpresa, podendo perder a própria vida. Também destaca que a intenção de quem faz o ataque é justamente promover um terror generalizado, o caos. O crédito de ataques terroristas geralmente vai para grupos fundamentalistas, porém se nota que “o terrorismo é bifronte, isto é, não parte apenas de grupos de estrutura desconhecida e de atuação não geograficamente detectada. Pode ter origem também do próprio Estado”. (FRANCO, 2011, passim). Diante disso, nota-se que o Estado pode se utilizar de sua força para justamente no intuito de combater o terrorismo, no entanto, acaba cometendo atos de terror, trazendo medo à população.

Em relação às manifestações indiretas do terrorismo no Brasil, observa-se que as histórias de terror se relacionam com o período de Regime Militar, “quando, em 31 de março, setores militares apoiados pelos EUA e por segmentos da sociedade civil brasileira depuseram o então presidente João Goulart, dando início ao período que marcou para sempre a história do país. Com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (AI-5), o regime militar endureceu-se ainda mais, desenvolvendo uma fase de intensa repressão e de caça aos brasileiros considerados “subversivos” pela nova regra.” (SILVA, p. 3). Há relatos de que tal período remontou em diversas mortes e corpos desaparecidos, por tais indivíduos serem considerados “suspeitos” ao governo, sendo que os mesmos foram vítimas de tortura e penalidades afins. Com isso, o inconformismo da população cresceu, sendo que as manifestações provenientes do descontentamento do povo foram reprimidas brutalmente, e os que mais se aproximam do termo “terrorista” na época eram os oponentes do regime. Sendo assim, a aversão a tal período existe até hoje. De fato, grande parte da nossa Constituição foi feita justamente tentando reprimir abusos, tanto da parte estatal, quanto entre pessoas, proibindo a tortura (CF/88, art. 5º, III) e instituindo clausula pétreas

para a proteção de direitos e garantias individuais (CF/88, art. 60, §4º, IV), além de determinar, já em seu artigo primeiro, o regime democrático de direito, o qual, trás como fundamentos a dignidade humana, dentre outros.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação sobre o tema: trata diretamente sobre terrorismo. A importância acerca desse tratamento diferenciado está no artigo 5º, o qual trás direitos e garantias fundamentais, tanto para brasileiros, quanto para estrangeiros, tutelando assim, bens jurídicos de extrema importância para o nosso ordenamento. Justamente pela importância que se dá aos bens jurídicos ali empregados é que o legislador cuidou em repudiar o terrorismo já na Carta Maior, tanto de forma direta quanto indiretamente. Todavia, mesmo que o texto constitucional não trouxesse de forma clara o fato de repudiar o terrorismo, tal ato colide com os bens jurídicos por ele defendidos. De acordo com os valores fundamentados na Constituição, como no artigo 1º e 4º, depreende-se que o cometimento de atos terroristas ataca diretamente as garantias dos demais cidadãos, além de ofender a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos e a solução pacífica dos conflitos:

16

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II – prevalência dos direitos humanos.

A primeira referência direta no que se refere ao terrorismo se encontra no citado artigo 4º, de maneira que:

Art.4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...] VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo”. (grifo nosso)

Além disso, tem-se no artigo 5º o seguinte:

Art.5º. [...]: XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles

respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Observa-se então que o terrorismo foi equiparado aos crimes hediondos no que se refere à punição, e a pena incide até mesmo em pessoas que puderam evitar o crime, porém não o fizeram. Os artigos 4º e 5º da Constituição Federal são os que, expressamente, versam sobre o terrorismo. Todavia, existem também outros artigos e incisos dentro da Carta Maior que vedam atos de terror de maneira indireta, como, ainda no artigo 5º, “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (CF/88, art. 5º, XLIV), sendo tais ações inafiançáveis e também imprescritíveis. Além disso, encontra-se “(...) é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”, (art. 5º, XVII). Os partidos políticos também são proibidos do uso de associações de caráter paramilitar, como delibera o artigo 17, no parágrafo 4º. (CF/88, artº 17, §4º).

Pode-se notar que a Constituição Federal alocou o tema terrorismo de maneira expressa e destacada, subentendendo-se que uma legislação infraconstitucional deveria tratar da matéria, fato que não ocorre, pois o tema é tratado de maneira superficial na legislação extravagante. Sendo assim, decorre que o legislador pretendeu salvaguardar determinados bens jurídicos com muito afinco, tais como a vida, a saúde pública, a dignidade da pessoa humana, dentre outros. Portanto, o terrorismo deve ser tratado com rigor, sendo um dos crimes mais graves a ser cometido, todavia, respeitando o espírito da Constituição no que se refere ao respeito dos direitos do criminoso.

Além da Constituição, o terrorismo também é citado na Lei de Segurança Nacional, a qual tem por fim proteger a segurança do Estado, punindo ações que possam colocar em risco a máquina estatal. A citada lei, de número 7.170/1983, foi instituída na fase do Regime Militar, sendo que FRAGOSO (2010, p. 1) afirma que a lei de segurança nacional brasileira surgiu em momento de crise institucional, como expressão de um suposto direito penal revolucionário, inspirada por militares, que pretenderam incorporar na lei uma doutrina profundamente antidemocrática e totalitária.

Fragoso aponta a necessidade de uma nova lei sobre a Segurança Nacional, pois, para ele, “a Lei de Segurança Nacional aparece como uma excrescência, um corpo morto e fétido no novo ambiente que a Nação respira.” (2010, p. 1). Depreende-se que tal lei não

condiz com o espírito democrático do Direito segundo o qual a sociedade vive atualmente, e o povo tem consciência da necessidade de alterações em tal dispositivo. Todavia, enquanto uma nova lei não é elaborada, a lei 7.170/1983 ainda é válida e aplicada para os casos nela previstos, como no seu artigo primeiro:

Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:
I - a integridade territorial e a soberania nacional;
II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;
III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Fragoso ressalta que a maneira pela qual o dispositivo é aplicado se dá “através de uma exegese que só faz destacar o seu caráter nitidamente antidemocrático e totalitário, quando se deveria dar à lei uma interpretação que se ajustasse às exigências de um sistema democrático de defesa da segurança do Estado”. (2010, p. 1-2). Por isso a importância de uma adequada interpretação, para evitar injustiças e um pensamento retrógrado.

No artigo 20 da referida lei, tem-se o seguinte:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Observa-se a expressão “atos de terrorismo” no dispositivo, todavia, ainda não foi especificado com clareza a sua real definição. Tal artigo se relaciona com a legislação penal, especificando sobre a punição, no que se refere ao parágrafo único do artigo 20, o qual afirma que “se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro, se resulta morte, aumenta-se o triplo”. Diante disso, a opinião da doutrina se divide entre aqueles que concordam com a constitucionalidade do artigo 20 e os que discordam. Gonçalves, por exemplo, concorda que o artigo seja constitucional, pois afirma que o art. 20 contém um tipo misto alternativo, em que as várias condutas típicas se equivalem pela mesma finalidade, ou seja, o inconformismo político ou a obtenção de fundos para manter organização política clandestina ou subversiva. (2002, p. 86). Convém ressaltar que o autor

pressupõe que todas as condutas do art. 20 se tratam de emprego de violência, constituindo assim atitudes terroristas, não se devendo exigir que a lei defina expressamente a palavra terrorismo. Em relação à opinião de inconstitucionalidade, o argumento de Franco é de que tal dispositivo fere o princípio da reserva legal, já que a expressão “atos de terrorismo” é redigida de forma genérica, desprovido de uma clara e real definição. (FRANCO, 2011, p. 184). O princípio da reserva legal vem definido no artigo 1º do Código Penal, e também o artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, de modo que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Convém esclarecer mais especificamente sobre o princípio da reserva legal, pois embasa todo o direito penal. Tal princípio seria o “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, e tem como base a Constituição Federal. O princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal. Pode-se destacar desse enunciado que da reserva legal se depreende que exclusivamente a lei pode instituir um ato como crime, uma vez que apenas a lei formal, devidamente aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, no estrito cumprimento do procedimentos legais previstos, tem o poder de criar tipos penais. Além disso, a outra espécie, que seria a anterioridade, expressa que a lei deve ser anterior à existência do fato, sendo imprescindível a vigência da lei no exato momento da prática da conduta prevista como crime. O ato praticado deve se encaixar exatamente no que foi descrito pelo tipo penal, pois são as normas penais definem aquilo que será considerado como crime. Diante de tal explicação, pode-se compreender a afirmação de alguns doutrinadores de que o artigo 20 da Lei de Segurança Nacional é inconstitucional, uma vez que a expressão “terrorismo” contida no citado artigo se trata de um termo elástico, sem retratar quais as condutas que se encaixam no ato, desprovido de uma definição legal, criando permissão para que o julgador conjugue atos aleatórios como terrorismo, conseqüentemente ferindo o princípio da reserva legal. Atos de terrorismo se tratam de

uma cláusula geral, de extrema elasticidade e porosidade, que permite ao julgador, por ausência de uma adequada descrição do conteúdo fático desses atos, enquadrar, a seu bel-prazer, qualquer modalidade de conduta humana. Isso fere, sem dúvida, o princípio constitucional da legalidade. (FRANCO, 2011, p. 184)

Dentro do contexto de legislação brasileira, o terrorismo também encontra

referência na Lei de Crimes Hediondos, de número 8.072/1990. Tal lei define quais são os crimes hediondos, os quais se amoldam naquilo que é considerado de extrema gravidade para a população, como o estupro, latrocínio, dentre outros (Lei 8.072/90, art 1º), com o intuito de elevar penas, impedir benefícios e tratar de maneira mais rígida determinados crimes.

A lei faz a seguinte menção no que se refere ao terrorismo:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

Apesar da expressa alusão ao crime em questão, esta lei também não o define, tratando-o de maneira aberta. De acordo com Franco, o crime de terrorismo não existe como crime comum ou como crime contra a Segurança Nacional, pois “o legislador brasileiro não incluiu, na codificação penal comum, o delito de “terrorismo” e as figuras típicas que lhe são afins” (2011, p. 184). O artigo 2º não trata o terrorismo como crime hediondo, mas afirma que tal ato resulta nas mesmas penas aplicadas aos demais crimes ali considerados. Ou seja, tais crimes apresentam o mesmo rigor penal e processual, e o terrorista será insuscetível de graça, anistia, indulto, fiança e liberdade provisória.

O Brasil se comprometeu com Convenções internacionais que buscam maneiras de banir e julgar o terrorismo, todavia, o Brasil ainda não tomou a atitude de criar uma norma coerente e aceita pela doutrina para reger tal questão. Existe o projeto de lei de número 499, do ano de 2013. No seu artigo primeiro, trata-se sobre a sua função da lei do terrorismo: “Art 1º - Esta lei define crimes de terrorismo, estabelecendo a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento, além de dar outras providências”. No artigo seguinte, procura definir atitudes consideradas de terror, e nos próximos, consta sobre financiamento do terrorismo, incitação, dentre outras espécies do gênero desse tema. No entanto, ainda está em andamento.

Já os Estados Unidos, após o atentado terrorista mundialmente conhecido na data de 11 de setembro de 2001, se muniram através de uma legislação de emergência com uma lei própria para lidar com esse crime: o *Patriot Act*, o qual apresenta 342 páginas e mais de 15 estatutos, de acordo com VIZZOTO, (2004, p. 240). Diante do medo causado em toda a população, foi possível haver uma flexibilização do princípio da legalidade para a criação

de tal dispositivo. (VERVAELE, 2007, p. 1). A partir do ataque de 11 de setembro, outros atentados ocorreram no mundo, podendo-se notar que qualquer lugar é suscetível de tal ocorrência. De acordo com Franco, “não há, em princípio, lugar algum do mundo em que os atos de terrorismo não possam suceder, seja o terrorismo estatal organizado (...), seja o terrorismo posto em prática por grupos fundamentalistas (...)”. (FRANCO, 2011, p. 186).

O *Patriot Act* criou, por meio da seção 802, a figura do terrorismo doméstico, que tem por definição:

Atividades que configurem atos perigosos à vida humana que são uma violação de leis criminais dos Estados Unidos ou de qualquer Estado que pareçam pretender intimidar ou coagir uma população civil; influenciar a política de um governo por intimidação ou coação; ou visem modificar a conduta de um governo utilizando-se de destruição em massa, assassinatos ou sequestros. (USA, 2001, *online*)

Tal dispositivo amplia a noção dos crimes que incorporam o terrorismo, sendo que de acordo com FRANCO (2011, p. 188), trás expressões que permitem grande abertura em sua interpretação, criando para as autoridades um arbítrio e acaba pondo em risco de liberdade de toda e qualquer pessoa. Também se observa que a referida lei trás ofensas a direitos e garantias constitucionais, como por exemplo “o *Patriot Act*, no Título II, amplia notavelmente a possibilidade de investigação digital, sem exigir em todas as hipóteses” (VERVAELE, 2007, p. 7), notando-se assim que tal regulamento é incisivo e que o governo obteve maior poder de vigilância sobre pessoas.

Ronald Dworkin (2004, p. 172-173) explica que os réus são julgados por tribunais militares especiais, designados pelo Departamento de Defesa, os quais tem poder de impor sentenças, inclusive de pena de morte, sem as proteções normais do processo. Não há a possibilidade de recurso, com exceção ao secretário de defesa e ao presidente. Sendo assim, é de fácil percepção que as garantias constitucionais do processo penal foram deterioradas, tais como a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural, direito ao recurso, entre outros. A lei fere ainda emendas dos Estados Unidos, como a 1º, pois versa sobre liberdade de expressão, reunião pacífica e direito de peticionar o governo para reparação de injustiças (VIZZOTO, 2004, p. 244). Consequentemente, há a possibilidade de se utilizar uma má interpretação do dispositivo a fim de incriminar pessoas que estão apenas fazendo uso do seu direito de se expressar.

Observa-se a ligação do terrorismo com o direito penal do inimigo: o tratamento que se verifica no terrorismo cria inimigos para o Estado, possibilitando o uso do livre e arbítrio das forças estatais, incriminando indivíduos sem as devidas garantias individuais, inclusive as do processo. Franco retrata a existência da dificuldade em se criar normas atinentes ao terrorismo, entretanto, alerta para o fato de que não é por meio de “uma linguagem extremamente genérica e porosa, idônea a dar ao Estado um poder ilimitado sobre o direito de liberdade das pessoas, nacionais ou estrangeiras”. (FRANCO, 2011, p. 190). Também é bom que fique claro que tratar com dignidade não significa não aplicar penas rigorosas, e cabe ao Direito Penal a criação de tais penas e também definir as condutas típicas de atitudes terroristas, pois “os terroristas devem ser punidos não com a guerra, mas sim como autores de delitos”. Afinal de contas, o terrorismo não tem apenas uma única forma de causar terror, sendo consiste em um gênero que contém várias espécies.

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DO TERRORISMO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO (PROJETO DE LEI 499/2013)

Pelo exposto até o presente momento por este artigo, pode-se buscar compreender a relação existente entre o Direito Penal do Inimigo e o terrorismo, ou pelo menos a tipificação que este recebe pelas mais diversas legislações, sendo as brasileiras o foco do estudo. Dessa feita, com a abordagem conceitual e a compreensão do que é o Direito Penal do Inimigo, bem como suas principais características e traços marcantes, além de seu principal pensador Jakobs e as questões filosóficas envolvidas, é cediço dizer que se observa no atual tratamento dos atos terroristas denotações marcantes da teoria ora tratada.

Em uma rápida análise do projeto de lei 499 de 2013, o qual prevê a tipificação do terrorismo, percebe-se que as sanções impostas e a abrangência e conteúdo dos tipos penais culminam por retirar várias garantias constitucionais já conquistadas, ficando a reflexão de procedência e justificação de tal projeto legislativo. Já na definição de terrorismo pode-se fazer uma indagação quanto ao alcance do tipo penal, ora “provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação da liberdade de pessoa”, como prevê o artigo segundo, relativiza e abarca um sem número de possibilidades fáticas para a ocorrência de atos de “terror”. Por subsunção, portanto, qualquer tipo de ato que venha a ofender a integridade física ou a liberdade de alguém será

considerado um terrorismo? Assim, os crimes de sequestro ou cárcere privado, à sorte da interpretação dos agentes da lei, podem vir a ser tipificados como atos de terror? O que se quer punir a final? Atos terroristas, não? Pois então que se determine com mais precisão e concisão o texto legal. Não se podem admitir generalidades e abstrações legais, principalmente quando estas vêm a colocar o acusado em uma posição de extrema inferioridade, sem condições de se defender do poder estatal.

Característica delineadora do Direito Penal do Inimigo, o recrudescimento das penas, é estonteantemente perceptível em referido projeto de lei. Pela redação ainda do artigo segundo tem-se a sanção de quinze a trinta anos de reclusão, sendo que se resultar morte a pena sobre para o mínimo de vinte e quatro anos. Voltando a questão da abertura dos tipos penais, o artigo 5º traz o crime de incitação ao terrorismo, onde o verbo é única e exclusivamente “incitar”; ora, em uma rápida busca do dicionário pode-se compreender a imensa vastidão incorporada pelo verbo acima citado. Desse modo, como saber se determinado ato é ou não terrorismo? Estaria sendo tal abrangência proposital para que então o inimigo fique cada vez mais acuado e amedrontado? Quando uma liberdade de expressão se associaria à tipificação do crime? Dúvidas perigosas e incessantes, as quais devem ser sempre indagadas a uma questão fim: Está se criando um Direito Penal do Inimigo?

Pois bem, mais uma observação a ser feita é a retirada das garantias processuais do acusado. No que se refere ao cumprimento da pena, o vigente sistema penal coloca como regra à progressão de regime o tempo de 1/6 da pena, e sendo o caso de crimes hediondos, 2/5 para não reincidentes e 3/5 para reincidentes. Pela leitura do artigo nono do projeto de lei 499 pode-se perceber que o condenado por algum dos crimes previstos em referida legislação somente poderá progredir de regime após o cumprimento de 4/5 da pena em regime fechado. Aqui parece que a relação entre terrorismo e Direito Penal do Inimigo se destaca, pois as garantias até então já conquistadas e que preservam e buscam a recuperação do condenado são rechaçadas. A título de exemplificação, tome-se por base o condenado pelos crimes de terrorismo e associação terrorista (art. 7º) com penas máximas, ou seja, 45 anos, poderia ele então somente ter sua progressão concedida cumpridos 36 anos em regime fechado? E a limitação de 30 anos, onde fica?

Cabe falar também sobre o artigo 323 do Código de Processo Penal, o qual prevê a

impossibilidade da concessão de fiança para os crimes de terrorismo, demonstrando assim mais uma vez a retirada das garantias do acusado. Desse modo, são várias as questões e indagações que promovem discussões e debates acerca do tema, que é complexo e merece um tratamento legislativo adequado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos apresentados é possível constatar que a atual tipificação dada aos atos terroristas pelo ordenamento jurídico brasileiro se encaixa naquilo que é tido como Direito Penal do Inimigo. Observou-se que as características de ambos convergiam, de modo a demonstrar a ocorrência da relação entre um e outro.

Com base no estudo feito pode-se observar que o Direito Penal do Inimigo classifica-se como um Direito Penal de Exceção, movido pelo interesse em punir e manter no poder aqueles que o detêm. A visualização, identificação e taxação do inimigo ocorre por diversas razões, sendo que a principal delas é a exclusão de um indivíduo da sociedade. E isso acontece de diferentes formas, como o recrudesimento das penas, a mitigação das garantias individuais, a antecipação da punibilidade, entre outras.

Calcado em tais premissas, o presente artigo as colocou dentro do que é atualmente considerado como terrorismo pelo ordenamento brasileiro. A conclusão foi que a correlação entre um e outro foi positiva, chegando-se assim ao entendimento o Direito Penal do Inimigo é exteriorizado pela legislação terrorista.

Logo, pode-se compreender pelos argumentos apresentados que as atuais tipificações penais do terrorismo são uma afronta ao Estado Democrático de Direito, à Democracia, às garantias e direitos individuais e à dignidade humana. São constantes os tipos penais extremamente abertos e vagos, carentes de especificação; são notáveis as penas estipulados para o cometimento dos delitos, que facilmente ultrapassam a barreira de vinte anos; a antecipação de punibilidade fica clara com o tratamento da conduta de associação de pessoas com o fim de praticar tais atos, sem sequer tê-los iniciado.

O que se propugnou com este trabalho foi a análise do Sistema Penal, bem como o estudo entre o terrorismo e o Direito Penal do Inimigo. Dessa feita, não se discute aqui a moralidade ou necessidade da tipificação rigorosa e exacerbada da prática de atos terroristas, muito menos a defesa daqueles que pratiquem tais atos, mas sim a contraposição

de ideias no objetivo de encontrar uma conclusão para a problemática levantada. Conclui-se, portanto, que o terrorismo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, se mostrou como uma exteriorização do Direito Penal do Inimigo, restando caracterizada, assim, a possibilidade de afronta aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

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

_____, *Decreto-lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Distrito Federal, Brasil. 1941.

_____, *Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 1983.

_____, *Lei 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 1990.

_____, *Projeto de Lei 499, de 2013*. Define crimes de terrorismo e dá outras providências. Distrito Federal, Brasil. 2013.

DWORKIN Ronald. *O terror e o ataque às liberdades civis*. Direito e Democracia. Canoas, 2004, v. 5. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v5n1.pdf?26082013>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional*. 1983. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arg_pdf/heleno_artigos/arquivo39.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

FRANCO, Alberto Silva; Alberto Silva Franco. *Crimes hediondos*. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GILMAR, Luciano Santos. *Terrorismo e o sistema jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.bibliotecapolicial.com.br/upload/documentos/TERRORISMO-E-O-SISTEMA-JURIDICO-BRASILEIRO-21069_2011_7_9_11_32.pdf> Acesso em: 30 mai. 2015.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. / Rogério Greco. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal*. Dissertação apresentada do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Jacarezinho (PR), 2009.

JAKOBS, Günter. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas* / Günter Jakobs, Manuel Cancio Mellíá; org. e trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1*: parte geral, arts. 1º a 120 / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Los indeseados como enemigos – la exclusión de seres humanos del status personae*. 2007. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

SILVA, Francisca Jordânia Freitas da. *Tratamento Penal do Terrorismo no Brasil*. Disponível em: <http://www.faf7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/TRATAMENTO_PENAL_DO_TERRORISMO_NO_BRASIL.pdf> Acesso em: 30 mai. 2015.

USA, United States of America, Congress. *Patriot Act*: Public Law 107th-56 OCT 26, 2001- To deter and punish terrorist acts in the United States and around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes. 2001. Disponível em: <<https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

VERVAELE, John A. E. *A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?* Disponível em: <http://www.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1_2.pdf> Acesso em: 01 jun. 2015.

VIZZOTO, Vinicius Diniz. *A restrição de direitos fundamentais e o 11 de setembro: breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act. Direito e Democracia*. Canoas, 2004, v. 5. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v5n1.pdf?26082013>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***O Inimigo no Direito Penal***. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

OS REFLEXOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR NA VIDA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UM MAL IRREPARÁVEL?

Delaine Oliveira Souto PRATES³

Sílvia Leiko NOMIZO⁴

RESUMO

O tema proposto está amparado nos Direitos da Criança e do Adolescente, previstos no ECA e assegurados pela Constituição Federal de 1988. A sua relevância decorre do direito do menor ser protegido em sua integridade moral, física e psicológica, apontando o papel das famílias, da sociedade e do Estado no zelo pelo cumprimento desses direitos, a quem também, cumpre o papel não só em zelar pelos direitos dos menores, como também de acautelar, reprimir, reparar ou fazer com que as autoridades competentes reparem os danos causados a esses pequenos seres. Para o desenvolvimento da presente pesquisa aponta-se as principais consequências e danos sofridos pelas crianças e pelos adolescentes, especialmente os psicossociais, cujos reflexos da violência sexual intrafamiliar podem perdurar por toda a vida da vítima, ou seja, pode ser uma mal irreparável, cujos direitos humanos são destroçados pelas agressões e atrocidades sofridas. Por meio desta pesquisa, pretende-se, ainda, verificar em que medida a violência sexual intrafamiliar influencia no processo de desenvolvimento normal da personalidade do menor.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e Adolescente. Violência Sexual. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The proposed theme is supported on the Rights of Children and Adolescents provided for in ECA and guaranteed by the Constitution of 1988. Its relevance stems from the right of the child to be protected in their moral integrity, physical and psychological, pointing to the role of families, society and the state in zeal for the fulfillment of these rights, who also fulfills the role not only in protecting the rights of minors, as well as to safeguard, suppress, repair or cause the competent authorities repair the damage caused to these little beings. For the development of this research points to the main outcomes and damages suffered by children and teenagers, especially psychosocial, whose effects of domestic sexual violence can last throughout the victim's life, or can be an irreparable evil, whose Human rights are shattered by attacks and suffered atrocities. Through this research, we intend to also verify to what extent intra-family sexual violence influences the normal development process of the child's personality.

KEYWORDS: Children and Adolescents. Sexual violence. Human Rights.

INTRODUÇÃO

³ Estudante de Pós-graduação - Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

⁴ Estudante de Pós-graduação - CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA.

A Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 (ECA), em seu artigo 19, reza que “Toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária [...]” (BRASIL, 1990), interagindo com o artigo 227 da Constituição Federal, que diz que é no seio familiar que a criança e o adolescente recebe o tratamento adequado para o desenvolvimento normal da sua personalidade. A família é, pois, o lugar propício para educar as crianças e os adolescentes, onde devem ser protegidos e preparados para serem inseridos na sociedade, isto é, acredita-se que a regra básica para a convivência comunitária, seja consequência de uma convivência familiar bem estruturada.

É essencial, portanto, que as crianças e os adolescentes, em suas relações intrafamiliares, sejam respeitadas em sua formação psíquica, moral e social, ou seja, na sua constituição como ente social, para tornar-se um cidadão digno e de boa conduta. Para isso, é necessário que sejam abastecidos, gradativamente, por seus entes familiares, de um ambiente protetor e tranquilo, o que em boa parte dos lares, embora a família traduza essa ideia de segurança e aconchego, tem ocorrido de forma contrária.

A pesquisa visa analisar, compreender e socializar reflexões acerca da violência sexual intrafamiliar contra as crianças e os adolescentes e quais os danos são capazes de gerar nas pequenas vítimas, inclusive e principalmente, como pode refletir em seu processo de desenvolvimento da personalidade. Para tanto, optou-se pelo método indutivo e pelo procedimento de pesquisa bibliográfica, justificando-se o presente estudo pela relevância que deve ser dado aos direitos humanos no Estado Constitucional e pela importância que o desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes tem para as futuras gerações, uma vez que o fato de serem submetidos a práticas sexuais precocemente, fere os princípios fundamentais estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

A criança foi alvo de crueldade e desatenção durante um período considerável na história. No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe consideráveis mudanças em nosso ordenamento jurídico, estabelecendo novos paradigmas voltados aos interesses dos menores, iniciando-se uma fase, na qual obtêm maior proteção jurídica do Estado, coroando o Brasil como uma das nações mais avançadas na defesa dos interesses

das crianças e dos adolescentes, a criança também era tratada como um ser desprezível, principalmente, quando se tratava de menor de classe menos abastada, pois de acordo com o Código de Menores, tanto o do ano de 1927 (Decreto n. 17.943/27), quanto o do ano de 1979 (Lei n. 6.697/79), que antecederam o Estatuto da Criança e do Adolescente, eram incompatíveis com os princípios, hoje, estabelecidos pela Constituição Federal, uma vez que associavam a qualidade de pobre dos menores à condição de delinquente, ou seja, as crianças pobres não tinham o direito de serem inseridas na sociedade, por serem consideradas de comportamento avesso às boas condutas morais, o que significa que eram totalmente desprovidas de proteção. O que subentende-se que não eram agradáveis aos olhos da camada social dotada de maiores privilégios. (MORAIS, s.a.).

Assim, a Constituição Federal de 1988, trouxe inovações consideráveis, colocando um fim nesse período lamentável, cujo art. 227 impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de zelar pela proteção da criança e do adolescente, assegurando-lhes todos os direitos constitucionais, tais quais: “[...]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, Pereira (2008, p. 99) afirma que a:

[...] mentalidade repressora começa a ceder espaço para uma concepção de reeducação, de tratamento na assistência ao menor. Verifica-se o surgimento de um novo modelo de assistência à infância, fundada não mais somente nas palavras de fé, mas também nas da ciência, basicamente médica, jurídica e pedagógica.

E assim, é criada e promulgada a nova lei, em atendimento aos anseios da sociedade civil, que veio para salvaguardar ainda mais o direito das crianças e dos adolescentes no Brasil, a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a qual afirma os deveres e obrigações das famílias, da comunidade, da sociedade e do Estado para com as crianças e os adolescentes brasileiros, tendo sido desenvolvida de acordo com os avanços das civilizações hodiernas, de modo a conduzi-los a um futuro mais justo e solidário, afinal, esses infantes são o futuro da nação e merecem ser tratados com todo amor, carinho, dedicação, dignidade e proteção que lhes são merecidos.

E, no que tange aos mencionados direitos fundamentais, Canotilho (1998), conceitua-os como sendo os direitos do homem, jurídico e institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo, objetivamente vigentes numa ordem jurídica completa, ou seja, os direitos fundamentais são aqueles aplicados à pessoa humana, reconhecida e positivada na esfera do [Direito](#) Constitucional positivo de um determinado [Estado](#), declarados, atualmente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e presentes em cada Estado Democrático de Direito.

Inobstante isso, no que diz respeito aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, tem-se que:

[...] o legislador constituinte particularizou dentre os direitos fundamentais, aqueles que se mostram indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento, elecando-os no caput do art. 227. São eles: 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. (AMIN, 2008, p. 31).

O direito à vida, à saúde e à alimentação, previstos no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) diz que: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Importante ressaltar, portanto, que o legislador, ao dispor o direito à vida como o primeiro entre os direitos fundamentais, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto na Constituição Federal, assim o fez não por mera casualidade, e sim, porque trata-se do principal direito entre os direitos fundamentais, haja vista que como mencionado anteriormente, trata-se do direito mais elementar e absoluto, sem o qual seria impossível que o ser humano pudesse dispor do exercício de todos os demais direitos.

Por outro lado, conforme o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, a saúde é definida como sendo “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”. (OMS, 1946).

A vida, pois, que é o bem mais precioso da humanidade e sem sombra de dúvidas, o direito mais fundamental entre os direitos fundamentais, nada seria sem a saúde, ou seja, sem poder dispor do bem-estar físico e psicológico de que a pessoa necessita para sobreviver, o que justifica a prioridade desses dois direitos em relação aos demais direitos

fundamentais da criança e do adolescente, aos olhos dos legisladores.

Conforme os ensinamentos de Amin (2008, p. 32):

No sistema de garantias do ECA cabe à família, comunidade e poder público assegurar esse direito fundamental estreitamente ligado ao direito à vida.

Cabem aos pais, como dever inerente ao poder familiar, cuidar do bem-estar físico e mental dos filhos, levando-os regularmente ao médico, principalmente na primeira infância, fase em que a saúde é mais frágil e inspira maiores cuidados, manter a vacinação em dia e, principalmente, se materem atentos aos filhos.

Entretanto, é dever do Estado, zelar pela saúde pública de forma satisfatória e que abranja toda a população infantil, a qual tem o direito de viver e ter saúde em condições dignas, inerentes à pessoa humana.

Ainda no que diz respeito à questão de sobrevivência da pessoa humana, o dever da família, da sociedade e do Estado de alimentar as crianças e os adolescentes que já era previsto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, agora passou a figurar como um direito social, após o surgimento da EC 64/2010, que o incluiu entre os direitos sociais e coletivos.

Com a referida Emenda Constitucional, o direito à alimentação foi inserido no art. 6º da Constituição Federal, o qual passou a ter a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Sendo que, para a garantia desses direitos, o Estado conta com sistemas públicos criados e estruturados com o objetivo de suprir as necessidades das pessoas, tais quais o SISAN (Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional), através do qual são implementadas políticas públicas aptas a assegurar o direito à alimentação das crianças e dos adolescentes.

O direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer também são de suma importância para o desenvolvimento pessoal e social da criança e do adolescente.

Expressa o art. 205 da Constituição Federal, que: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Todo pai ou responsável tem, portanto, o dever de matricular seus filhos na rede regular de ensino, de acordo com os preceitos do o art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja desobediência configura o crime de abandono intelectual, previsto no art. 246 do Código Penal Brasileiro, com pena de detenção, de 15 (quinze) a 1 (um) mês, ou multa, que segundo Delmanto (2010, p. 751) “Trata-se de crime omissivo próprio, que pune a inobservância de dever legal imposto aos pais. Assim, o agente omite-se nas medidas que podem propiciar instrução primária (ensino fundamental de 1º grau) de filho em idade escolar”.

Observa-se, todavia, que a responsabilidade com a educação deixa de ser apenas do Estado, e passa a ser também da família e da sociedade.

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, conforme linhas escritas por Peres (2004, n.p.):

[...] consagra a educação como um direito social. Sendo um direito social, tem por objetivo criar condições para que a pessoa se desenvolva, para que a pessoa adquira o mínimo necessário para viver em sociedade, e é destinado, sobretudo, às pessoas mais carentes e necessitadas. Assim, temos a educação como um dos componentes do *mínimo existencial* ou *piso mínimo normativo*, como uma das condições de que a pessoa necessita para viver em sociedade, para ter uma vida digna, sobretudo no que se refere ao ensino público fundamental gratuito nos estabelecimentos oficiais de ensino, que se traduz como direito público subjetivo, como condição essencial para uma existência digna.

33

Quanto ao direito à cultura, ao esporte e ao lazer, de acordo com os ensinamentos de Amin (2008, p. 57), “A criança e o adolescente no seu desenvolver necessitam de variados estímulos: emocionais, sociais, culturais, educacionais, motores, enfim, todo o arcabouço necessário para a sua formação”.

O art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente reza que: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

O direito à liberdade compreende vários aspectos, que se entendem “desde a liberdade de ir e vir até à liberdade sexual”, conforme os ensinamentos de Garcez (1994, p. 78), o qual acrescenta ainda que, “[...] nessa ordem de ideias, um verdadeiro Estado de

direito não pode negar aos seus pequenos cidadãos o exercício de seus direitos primários e fundamentais, sob pena de alijá-los para a categoria de segunda classe”. (1994, p. 78).

O respeito, segundo Amin (2008, p. 45), “[...] é o tratamento atencioso à própria consideração que se deve manter nas relações com as pessoas respeitáveis, seja pela idade, por sua condição social, pela ascendência ou grau de hierarquia em que se acham colocadas”. E a criança é tão merecedora de respeito quanto um adulto, pois, pelo simples fato de existir, já é considerada uma pessoa e deve ser tratada com todo respeito que lhe é devido, para que haja a preservação da sua imagem e da sua identidade pessoal, conforme consagra o art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A dignidade diz respeito à honra da pessoa, a qual, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser vista como um direito fundamental, indicando diretrizes para os demais ordenamentos jurídicos existentes no país.

Nesse sentido, o art. 18 do ECA traz que é dever de todos, agir em defesa dos interesses dos menores, pondo-os a salvo de todo e qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, e para que isso ocorra, faz-se necessária a implementação de políticas públicas, voltadas para as crianças e os adolescentes, que representem novos parâmetros em face às diretrizes determinadas no ordenamento jurídico brasileiro, adotando a Doutrina Jurídica da Proteção Integral e a orientação constitucional e estatutária. (PEREIRA, 2008).

Além de que, ao longo do século XX, a criança e o adolescente passou a ter mais reconhecimento legal, sendo a eles assegurada a condição de sujeitos de direitos.

O direito à convivência familiar e comunitária (art. 227 da Constituição Federal) está dentre os direitos fundamentais da criança e do adolescente e é devidamente regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que “(...) procurou ressaltar a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando esta convivência, quer na família natural, quer na família substituta”. (PEREIRA, 2008, p. 273).

Reza, portanto, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente que: “Toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”,

buscando impor aos pais, a obrigação de educar os filhos menores no seio familiar, dispensando a eles o tratamento adequado para que obtenham o desenvolvimento normal de sua personalidade.

A família é o lugar mais propício para se educar as crianças e os adolescentes, onde eles sentem-se protegidos e preparados para serem lançados ao meio social, isto é, a convivência familiar estruturada é o ponto de partida para uma boa convivência comunitária e social, sendo essencial, portanto, que esses menores, em suas relações intrafamiliares, sejam orientados quanto à sua constituição como ente social, para tornar-se um cidadão digno e de boa conduta moral.

Nesse sentido, Dias (1968, p. 93) escreve em sua obra “O menor em face da Justiça”, que a maior preocupação nos dias de hoje, é o aumento exacerbado da dissolução e desorganização das famílias, o que contribui, sobremaneira, para o transvio do menor.

Conclui-se, portanto, que a realidade das crianças e dos adolescentes, está bem distante das garantias que o ECA pretende alcançar, como observa-se em seu art. 19, pois, em tempos hodiernos, o grau de dissolução das famílias tem aumentado assustadoramente, o que prejudica muito o relacionamento entre pais e filhos, ocasionando o exercício do poder familiar apenas por um dos pais, ou então, por nenhum deles, como ocorre com os menores abandonados, que são descartados às ruas à mercê da violência urbana.

A VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR E SEUS REFLEXOS NA VIDA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A violência sexual é uma das várias espécies de violência intrafamiliar existentes, a qual o Ministério da Saúde (2001, p. 17) define como:

[...] toda a ação na qual uma pessoa em relação de poder e por meio de força física, coerção ou intimidação psicológica, obriga uma outra ao ato sexual contra a sua vontade, ou que a exponha a interações sexuais que propiciem sua vitimização, da qual o agressor tenta obter gratificação. A violência sexual ocorre em uma variedade de situações como o estupro, sexo forçado no casamento, abuso sexual infantil, abuso incestuoso e assédio sexual.

E a violência sexual intrafamiliar, cuja vítima seja uma criança ou um adolescente, é “toda atividade de caráter sexual, implicando uma criança de 0 a 18 anos e um adulto que

tenha para com ela, seja uma ação de consanguinidade, seja de afinidade ou de mera responsabilidade.” (AZEVEDO e GUERRA, 2000, p. 42).

Inclui-se aí, aquelas pessoas que, embora não tenham laços consanguíneos com a vítima, mantenha com ela, vínculos de responsabilidade, como por exemplo: padrastos ou pais adotivos, que segundo Barros (2005, p. 47): “[...] trata-se da violência sexual de maior complexidade, pois envolve, além das questões inerentes á própria violência, as que são próprias do contexto familiar, como cumplicidade, medo, entre outras”.

A criança acaba cedendo às exigências do pai ou responsável agressor, por medo de desobedecer uma ordem, ou até mesmo, pelo excesso de confiança, por achar que não está fazendo nada de errado e assim, vai sendo absorvida por uma relação incestuosa, envolvida pelo medo e pelo silêncio, que pode durar anos e anos, já que conforme expressa, ainda, Saffioti (2000, p. 61), “[...] a ela não é dado optar: é obrigada, seja docilmente, seja através da violência física, a ceder às exigências masculinas”.

A violência sexual intrafamiliar tem aumentado, assustadoramente, no Brasil, e na maioria dos casos, o agente agressor dota-se de um amadurecimento psicosssexual bem maior que a vítima, facilitando-se assim, o convencimento desta, à satisfação de sua lascívia, abrindo portas à exploração sexual, qual seja a prostituição de menores e a pornografia infantil, afinal, Saffioti (2000, p. 61) afirma que, “[...] embora a prostituição seja determinada por múltiplos fatores, a violência, sobretudo de natureza sexual, desempenha papel fundamental em sua origem”.

Saffioti (2000, p. 62/63) ressalta que:

[...] merece especial atenção o papel do incesto. Habituada a respeitar o adulto e nele confiar, sobretudo quando se trata de pai, tio, enfim, membro da família, a menina, a púbere, a adolescente sexualmente vitimizada aprende a trocar favores sexuais por “amor”, atenção, carinho. Seu corpo passa, pois, a ser percebido como instrumento que lhe permite obter o que deseja. Este aprendizado tem enorme relevância no processo de comércio do próprio corpo. Vender o corpo se torna mais fácil quando se tem a vivência do incesto. Aliás, este constitui uma das razões da prostituição de mulheres mediana ou abastadas.

Ou seja, uma criança que durante anos de sua vida foi violentada sexualmente por pessoas pelas quais tinha confiança e carinho, é normal que acostumada com essa rotina, acabe dando continuidade a tais atos, mesmo não havendo necessidade, de ordem

financeira, em continuar, o que inclusive, já pode ser uma consequência psicológica das violências sofridas. Além do mais, Saffioti (2000, p. 63), acrescenta que, “[...] nesta linha de raciocínio, pode-se pensar nos efeitos devastadores do incesto, a nível emocional, porque ele responde pela continuidade da vida de prostituída, mesmo que as necessidades materiais sejam totalmente removidas”.

Convém ressaltar, outrossim, que as crianças e os adolescentes, vítimas da violência sexual intrafamiliar, devido à tenra idade que possuem e a pouca experiência de vida, não têm discernimento para separar o certo do errado, deixando-se conduzir pelos adultos, a submeterem-se ao que são ordenados. E, conforme explica Ana Freud (1981 apud FURNIS, 1993, p. 14):

No abuso sexual da criança, esta não pode evitar ficar sexualmente estimulada e essa experiência rompe desastrosamente a sequência normal da sua organização sexual. Ela é forçada a um desenvolvimento fálico ou genital prematuro, enquanto as necessidades desenvolvimentais legítimas e as correspondentes expressões mentais são ignoradas e deixadas de lado.

E esse desenvolvimento prematuro, além de ocasionar danos psicológicos seríssimos no menor, pode introduzi-los em uma vida sexual antes do limiar etário normal do desenvolvimento da sua sexualidade.

Leonildo Correia diz que:

A família é o primeiro grupo natural do homem e a principal responsável pelo seu desenvolvimento. Tudo o que ocorre no meio familiar se propaga pela vida do indivíduo. Isso se aplica a todos os aspectos da constituição humana – físicos, emocionais e cognitivos. (s.a, n.p.).

Silva e Nóbrega por sua vez afirma que os reflexos da violência vivida pelos menores, se dividem em dois grupos:

O primeiro reflexo geralmente atinge o grupo familiar em forma de rebeldia, desrespeitos e fugas. Quantas vezes já ouvimos pais dizendo que não conseguem mais controlar os seus filhos? O segundo reflexo atingirá, de alguma forma, a omissa sociedade que ajudou a violentar os seus demais direitos e os considera como potenciais agressores. (2002, p. 91).

Ou seja, há uma boa parte de menores que cresceram carregando consigo o trauma

do incesto, que começou por refleti-lo dentro do próprio ambiente familiar, em forma de rebeldia, desrespeitos e fugas, como alega o autor supracitado e que, em consequência, externou essa rebeldia e revolta para a sociedade na qual se insere, tornando-se um adulto violento que responde às agressões sofridas, sendo o novo agente agressor, fazendo novas vítimas, novas dores e novos traumas.

Explica-se isso, pelas palavras de Arendt (2007, p. 17), a qual expressa que “[...] A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência”.

E, inobstante as sequelas sociais apontadas, o infante pode apresentar em decorrência do mal sofrido, sérios danos físicos e psicológicos, capazes de abalar profundamente a sua integridade, conforme passa-se a discorrer a seguir.

DANOS FÍSICOS

Vitiello (2000) divide os danos físicos em vários itens: a) lesões físicas gerais, que varia desde a simples imobilização do menor, mediante coerção, podendo estender-se até à morte da vítima, o que inclui hematomas, lesões, fraturas, ferimentos, queimaduras, enfim, tudo que possa ser ocasionado em detrimento do ato violento, no qual o agente agressor submete a pequena vítima, na satisfação de sua lascívia; b) lesões genitais, que podem ser rompimento do fundo de saco vaginal, lesões na vulva e no clitóris, podendo ser apenas uma simples irritação da mucosa, como um rompimento capaz de causar sérias hemorragias; c) lesões anais, que trata-se de lesões de extensão variável, podendo ser causadas em ambos os sexos, ocasionando, inclusive, sangramento, devido o rompimento da mucosa retal; d) gestação, que pode ocorrer quando a violência for praticada contra adolescentes do sexo feminino, já em fase de ovulação; e) doenças sexualmente transmissíveis, provenientes da relação sexual, como por exemplo, a gonorreia, sífilis, herpes genital, monilíase, cancro mole, AIDS, hepatite, entre outras; f) disfunções sexuais, que faz com que a criança ou o adolescente se sinta possuidor de alguma deformação, no caso, por exemplo, de sentir dores fortes e frequentes, em virtude do ato sexual forçado e das roturas sofridas em seus órgãos genitais.

E, embora, tais consequências sejam graves e dolorosas à vítima, são passíveis de

cura e cicatrização, o contrário das consequências psicológicas, capazes de causar danos irreversíveis à vítima e prolongar-se por toda a sua existência.

DANOS PSICOLÓGICOS

Em consequência dos atos e abusos sexuais sofridos, os infantes estão sujeitos a sofrerem sérios danos psicológicos, podendo comprometer o desenvolvimento da sua personalidade que poderá ser abalada pelos constrangimentos sofridos.

Sustenta Azevedo que “Embora as consequências identificadas não sejam apenas psicológicas, estas predominam em esmagadora maioria” (2000, p. 149), pois, como aduz Almeida (s.a. apud MACHADO, 2008, p. 41), “[...] As principais sequelas do abuso sexual são de ordem psíquica, por isso se faz mister um maior comprometimento no cumprimento das normas legais de caráter preventivo e de assistência psicossocial às vítimas e famílias das vítimas do abuso sexual”, a qual acrescenta, ainda, que:

Na maioria dos casos as vítimas de abuso sexual, principalmente durante a infância, desenvolvem sérios transtornos psicológicos. A criança é um ser em formação e que não está preparado para iniciar uma vida sexual, isso aliado ao fato da família ser um lugar de abrigo e segurança, fazem a violência sexual intrafamiliar causar transtornos psíquicos em toda a família e principalmente na vítima dessa violência. (2008, p. 41).

Entretanto, embora o dano psicológico seja o mais comum nas vítimas da violência sexual intrafamiliar, é o de mais difícil identificação, já que suas cicatrizes não são visíveis, ou seja, diferentemente do dano físico, não deixa marcas pelo corpo e sim traumas que comprometem a saúde mental da vítima, por ter sido violentada pelas pessoas nas quais elas depositavam maior confiança, e que ao invés de dar-lhes a proteção devida, as submetem a práticas sexuais bem antes do limiar etário normal para desenvolverem a sua sexualidade. (MACHADO, 2008).

Para melhor compreensão das consequências psicológicas sofridas pelos menores e das dificuldades que eles têm para superar o trauma pela violência sofrida, Azevedo (2000) as agrupa em três categorias, a saber: dificuldades de adaptação afetiva, dificuldades de adaptação interpessoal e dificuldades de adaptação sexual.

Na primeira categoria, a criança ou o adolescente experimenta uma mistura de sentimentos que compreende o ódio, o medo e a vergonha, que faz com que ela se silencie a

respeito do ato sexual violento. Talvez por sentir-se culpada de ter compactuado, por vergonha de ter, possivelmente, se sentido estimulada, ou ainda, por medo do descrédito, das pessoas não acreditarem em sua narrativa. Essa mistura de sentimentos conduz a vítima a auto desvalorização, diretamente ligada ao sentimento de culpa, tendo, contudo, sua auto estima extremamente baixa, levando-a a experimentar da depressão. (AZEVEDO, 2000).

A segunda categoria, trata-se da dificuldade de adaptação interpessoal, onde a vítima passa a generalizar o seu agressor, ou seja, começa a sentir medo de relacionar-se com as pessoas que se integram na mesma categoria daquele. Como na maioria dos casos o agente agressor é do sexo masculino, ela enfrenta dificuldades de relacionamento interpessoal com as pessoas desse sexo, recusando relacionar-se com homens, mesmo que sejam relações transitórias, cuja tendência é “supersexualizar relações com homens”. Ela passa a acreditar que se determinada pessoa daquele sexo foi capaz de ter ou manter com ela intimidades tão profundas, outras, com as mesmas características, também serão, assim, fecha-se às relações interpessoais, por medo ou receio, de novamente vivenciar relacionamentos “insatisfatórios, dolorosos e nocivos”. (AZEVEDO, 2000, p. 154 e 155).

Por fim, a terceira categoria proposta e dividida pela autora, consiste na dificuldade que o menor enfrenta na adaptação sexual. Conforme expressa, por suas próprias palavras, Azevedo aduz que:

A área da sexualidade parece ser uma das mais seriamente afetadas no caso de vitimização sexual na infância e adolescência. Os problemas nesta área nem sempre ocorrem logo após o início de uma nova relação sexual. Frequentemente eles se manifestam algum tempo depois de iniciado o relacionamento com um novo parceiro e podem estar ligados ao “medo de intimidade”.

De um modo geral os problemas de adaptação sexual parecem estar ligados ou a uma *negação de todo e qualquer relacionamento sexual* ou a uma incapacidade de vivenciar relacionamentos sexuais satisfatórios. [...] É conhecido o fato de que o medo excessivo pode bloquear o desejo, submergindo-o no aparecimento de sintomas fisiológicos intensos tais como náuseas, vômitos, diarreias, arritmias etc ou então num estado de anestesia sexual em que a vítima não reage a qualquer estimulação erótica. [...] Essas reações fóbicas por sua vez estão relacionadas aos aspectos traumáticos da experiência de vitimização. (2000, p. 156, grifos do autor).

Ademais, além dos problemas de adaptação apontados, Bagley (1984 apud AZEVEDO, p. 157), indica algumas sequelas deixadas nas crianças e nos adolescentes em

decorrência dos atos sofridos, tais quais: tentativas de suicídio; problemas de personalidade como medo, ansiedade, culpa e depressão; problemas de personalidade mais intensos como psicose, automutilação, obesidade induzida, anorexia, histerismo e autopunição; prostituição; retração, frigidez ou desconfiança nas relações psicossociais; agressividade e delinquência crônica; dependência química e alcoolismo e; problemas diversos de saúde.

As crianças e os adolescentes, vítimas da violência sexual intrafamiliar, portanto

[...] ficam aprisionadas na trama do desamor: *desamor a si próprias* na medida em que se concebem e se sentem como “más”; *desamor ao ser humano*, em geral, na medida em que este passa a ser visto como não digno de confiança, como capaz de uma relação condicionada à prestação de favores, interesseira e interessada portanto; *desamor aos homens* em geral, na medida em que ocorre a “morte do desejo”. E todos esses graus de desamor são consequência da violência psicológica maior que está no núcleo do abuso-vitimização sexual: o roubo da capacidade de amar, graças ao exercício do *amor-poder* praticado por um homem adulto-agressor contra uma mulher-criança/adolescente. (AZEVEDO, 2000, p. 158).

Por fim, cabe ressaltar que a criança ou o adolescente, vítima da violência sexual intrafamiliar, tem seu desenvolvimento comprometido, passível de desenvolver traumas de ordem psicológica seríssimos, capazes de comprometer o seu convívio com as pessoas que o envolvem, de manter relacionamentos afetivos e de confiar que existam pessoas capazes de lhe dar um tratamento digno, cujas dificuldades poderão, perfeitamente, se estender por toda a vida.

OS DIREITOS HUMANOS DOS MENORES, VÍTIMAS DA VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR, EM FACE DAS ATROCIDADES SOFRIDAS

Direitos Humanos, segundo o entendimento do nobre Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, Miguel Granato Velasquez (s.a., n.p.) consiste nos:

[...] direitos fundamentais da pessoa humana, enunciados historicamente a partir do progressivo reconhecimento, pelas legislações nacionais e normas internacionais, da inerente dignidade de todo indivíduo, independentemente de raça, sexo, idade ou nacionalidade. A consagração de tais direitos constitui um traço marcante do processo civilizatório, e sua efetiva implementação, um indicador seguro do nível de desenvolvimento humano atingido por um povo ou nação.

Atualmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1949, é tida como o principal diploma afirmador dos Direitos Humanos, a qual declara como direitos fundamentais, além da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade, ao trabalho, à propriedade, entre outros. Mencionando, inclusive, de forma especial os direitos das crianças e dos adolescentes, uma vez que estabelece em seu art. 25, §2º, que: “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. O que permite-se concluir que os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes têm uma atenção especial no que diz respeito aos Direitos Humanos, bem como que são merecedores de proteção diferenciada, conforme expressa a própria Constituição Federal, em seu art. 227. (VELASQUEZ, s.a.).

Nesse sentido, Saffioti (2000, p. 87) afirma que: “[...] a criança é titular de vários direitos humanos. Tais direitos não devem apenas ser respeitados pelos adultos. É preciso que os adultos se conscientizem sobre o seu papel social de proteção à infância”, ou seja, qualquer criança, independentemente de sua classe social ou características físicas tem o direito de ser preservada na sua dignidade de pessoa humana.

Quanto à violação da liberdade sexual dos infantes, Safiotti (2000, p. 87/88) acredita que a criança ou o adolescente do sexo feminino necessita de muito mais atenção e vigilância, pelo fato de ser o alvo maior dos agressores, que infligem a sua inocência de modo brutal e cruel, ferindo toda a sua ternura infantil, o qual cita, por conseguinte, que:

O homem violenta a menina. Violenta a inocência, a clareza, a autenticidade. Profana um corpo que ainda mantém o conhecimento original de si mesmo, antes de vivenciar suas reações a outro corpo. Estupra a simplicidade do corpo, o corpo da menina, sua ternura, vulnerabilidade e confiança nos outros. E mais, ele violenta a criança dentro de si mesmo – sua própria ternura, seu corpo, seus sentimentos sobre si mesmo, seu conceito original sobre si próprio antes que lhe dissessem que era um monstro, que devia ser agressivo, que os homens devem violentar as mulheres, oprimir as mulheres, antes que lhe dissessem que era um homem. Ele profana a si mesmo, seu lar, seu mundo. Ele não sabe por quê. Não conhece seus pensamentos e seu corpo. É um estranho para si mesmo. E como não se conhece, não se sente realmente, desistiu de si mesmo. Não existe um ser que possa suportar a

investida furiosa que ele recebe de sua cultura, que o incita a abusar de crianças. (BASS & THORNTON apud SAFFIOTI, 2000, p. 88).

Verifica-se, pois, que a violência sexual contra crianças e adolescentes é simplesmente o ato mais cruel que esses pequenos seres humanos possam ser submetidos, principalmente, quando praticado pelos próprios entes familiares ou responsável, a quem eles dedicam total confiança e que lhes ferem de forma tão profunda, a ponto de comprometer a sua saúde mental.

A conclusão de Saffioti, a cerca da violência sexual infantil não se distancia muito disto, segundo seu entendimento, para que haja uma mudança no quadro das violências abordadas na presente pesquisa, diminuindo ou finalizando as mesmas, é necessário:

[...] mudar ampla e intensamente a cultura, a sociedade, as práticas sociais, a fim de evitar abusos sexuais praticados por homens contra crianças, especialmente meninas. Enquanto o homem for educado para o exercício do poder, para a manifestação incontida de sua agressividade e para o embotamento do lado feminino, continuará a agredir direitos de mulheres e de crianças, seres subprivilegiados nessa correlação de forças. Necessário se faz intervir na realidade social, visando-se a transformação da ideologia machista e das condutas por elas prescritas. [...] para a construção de uma sociedade menos injusta, menos desigual, menos iníqua. (2000, p. 88/89).

43

Tem-se, portanto, que a sociedade como um todo, deve ser conscientizada dessa igualdade de valores, principalmente, os adultos do sexo masculino, os quais devem aprender a conviver com a ideia de que as mulheres e as crianças não devem ser encaradas como “caças”, mas como sujeitos de direitos como qualquer outro ser humano e, como tais, devem ter a dignidade preservada. Além de que, não se constrói uma sociedade justa, sem um alicerce igualitário.

E, ainda conforme os ensinamentos de Saffioti (2000, p. 90):

[...] no que tange a direitos humanos, as crianças são tão titulares deles quanto os adultos. Talvez o sejam mais, na medida em que devem ser protegidas até alcançarem a maioridade.

Ao Estado, nas sociedades minimamente democráticas, cabe prover seus cidadãos menores de idade com educação adequada, proteção legal, serviços de saúde satisfatórios e demais itens, a fim de proporcionar as condições para uma infância feliz. Isso é fundamental na vida de um adulto. Ou seja, uma infância feliz garante possibilidades infinitamente

maiores de os adultos se auto estimarem e, por conseguinte, nutrirem respeito por outros seres humanos. Uma infância infeliz com episódios de vitimização sexual, gera, via de regra, adultos sem nenhuma auto estima. E, quando uma pessoa não gosta de si própria não pode amar a outrem. Logo, não reúne as condições mínimas para respeitar outros seres humanos.

Acredita-se, pois, que embora o Brasil já tenha avançado, sobremaneira, nas questões dos Direitos Humanos, ainda está em débito com a população infantil, principalmente na questão da violência sexual intrafamiliar, que cresce consideravelmente a cada dia.

Conforme Saffioti (2000, p. 92), “[...] a população brasileira envolvida com direitos humanos parece não ter tomado contato com esta triste realidade da vitimização sexual de crianças”. Para ele:

O tema violência é já suficiente maldito. Quando se trata de crianças, a maldição aumenta. Mais horripilante ainda se torna a temática quando se trata de vitimização e/ou exploração sexual de crianças. É muito difícil admitir que a sociedade permita a violação de direitos tão sagrados quanto a integridade física e emocional. Quase impossível é a admissão de que boa parcela de tais fenômenos tem lugar no interior da sagrada família. Muitos não acreditam em tais ignomínias por serem pessoas de boa índole, amantes das crianças, afetuosas. Outras sabem perfeitamente que semelhantes fenômenos existem e que são frequentes. [...] Assim, por diferentes razões, a esmagadora maioria das pessoas ignora a existência de abusos sexuais praticados por adultos contra crianças [...]. Há um silêncio perturbador sobre esse fenômeno, decorrência da conspiração da cumplicidade mesclada com o medo de tornar públicas as ocorrências. (2000, p. 92).

E, para finalizar, convém ressaltar que essa inércia por parte da sociedade e dos próprios entes familiares que tomam ciência de tais atos cruéis e degradantes para a vida do menor, e que nada fazem para colocar um fim na situação, não só o prejudica por toda uma vida, como também prejudica o trabalho da justiça, na possibilidade de punir o agressor. A sociedade deveria conscientizar-se mais acerca da questão da violência sexual infantil, bem como das funções do Conselho Tutelar, que é a porta de acesso do menor à justiça, levando ao conhecimento deste, as suspeitas ou constatações de que crianças ou adolescentes de seu convívio estejam sendo vítimas da violência sexual intrafamiliar ou qualquer outra modalidade de violência, que tenha como vítima o menor, bem como cobrando ações

governamentais e o desempenho do Estado na prática de seu dever, dando um basta nesse episódio horripilante que fere os Direitos Humanos desses pequenos seres que representarão a sociedade num futuro próximo.

CONCLUSÃO

A questão da violência sexual intrafamiliar infantil é bastante delicada, visto que atinge o desenvolvimento normal da personalidade da criança ou do adolescente, isto é, influencia de forma degradante o seu caráter pessoal. Logo, pode-se definir a violência sexual intrafamiliar infantil como sendo uma realização resolvida das relações de força, seja nas classes sociais ou interpessoais, bem como a ação que trata o menor não como pessoa e sujeito de direitos, mas como um simples objeto.

As crianças e os adolescentes são as pessoas que representarão a continuidade humana no futuro, assim, merecem toda a afeição, carinho e proteção que, por força estatutária e constitucional lhe deve ser oferecidos. Porém, essa garantia está bem distante de ser observada e concretizada.

Dentre as referidas garantias asseguradas aos menores, destaca-se o direito à integridade física, moral e psíquica, afim de que eles obtenham seu pleno desenvolvimento da personalidade, em condição de liberdade e dignidade.

Embora a atividade sexual humana venha sendo exercida cada vez mais precocemente, o homem deve saber a hora de inicia-la, ou seja, no limiar etário apropriado e os menores, antes de determinada faixa etária, ainda não estão aptos a darem um consentimento válido para a prática de atividades sexuais, motivo pelo qual presume-se que o agente atuou com violência, ante a sua vulnerabilidade. Ademais, além desses óbices, há o fato do incesto, ou seja, da união sexual entre parentes consanguíneos. Mesmo que ocorra dentro do limiar etário normal, tem caráter ilícito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por conseguinte, é o dispositivo jurídico que se compromete a assegurar a integridade dos menores, buscando preservar e proteger a vida e a saúde física e mental desses futuros cidadãos, intervindo nas famílias e nas demais instituições que venham ameaçar seus direitos. Entretanto, atualmente, a situação desses infantes, parece estar bem distante do alcance dos objetivos e metas estatutárias.

O art. 227 da Constituição Federal estabelece que é dever da família, da sociedade e

do Estado assegurar aos menores, o direito à convivência familiar, que é de suma importância para o desenvolvimento da criança, por ser no interior dos lares que ela colhe os primeiros ensinamentos para tornar-se apta para uma vida em sociedade.

Têm os pais ou responsável, portanto, a obrigação de zelar e proteger seus filhos, exercendo de forma saudável e protetora o exercício do poder familiar, para que eles alcancem o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Não obstante a esse preceito constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera como direitos fundamentais, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. No entanto, como nos mostra a realidade social, hoje as crianças e os adolescentes, principalmente na questão da violência sexual intrafamiliar, são tratados como objetos de prazer e não como sujeitos de direitos, vez que ao serem submetidos a essas atrocidades humanas, são privados de uma existência digna.

A violência sexual intrafamiliar, portanto, é passível de acarretar sérios danos às pequenas vítimas. Os danos físicos, embora submetam as crianças a dores ocasionais, não são tão difíceis de recuperação quanto os danos psicológicos, que podem trazer traumas seríssimos por toda a vida, afetando, contudo a saúde mental da vítima.

O trauma sofrido em decorrência da violência sexual pode causar no infante a destruição da sua autoconfiança e da confiança que ele cultivava pelo seu agressor, bem como pelas demais pessoas adultas de seu convívio. Ele se vê diante de um autoconceito negativo e de uma baixa autoestima, capaz de submetê-lo a comportamentos hostis ou reservado e triste, bem como uma enorme dificuldade de se relacionar com outras pessoas, principalmente adultas, nas quais deixa de confiar. Em suma, a violência sexual intrafamiliar ocasiona um imenso dano psicológico na vítima, capaz de traumatizá-la pela vida toda, ferindo, desta forma, os seus direitos fundamentais e humanos, que deveria ter total proteção. Assim, pode-se afirmar, com total propriedade que, a violência sexual intrafamiliar praticada em face aos menores, trata-se de um mal irreparável.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Os direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira

Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 31-60.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar**: é possível proteger a criança? Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 15 de julho de 2011.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Vitimação e vitimização: questões conceituais. In: _____. **Crianças Vitimizadas**: a síndrome do pequeno poder. 2. ed. São Paulo: Iglu, 2000, p. 25-47.

BARROS, Nívea Valença. **Violência intrafamiliar contra criança e adolescente**: trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social. Rio de Janeiro. 2005. 275f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

_____. ECA. **Lei n. 8.069** – 13/07/1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CORREA, Leonildo. **A importância da família na aprendizagem do aluno**. 2004. Disponível em: <<http://leonildoc.orgfree/familia.htm>>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudências, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Aldo de Assis. **O menor em face da justiça**. São Paulo: Lex, 1968.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança**: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e intervenção legal integrados. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GARCEZ, Sérgio Matheus. **O novo direito da criança e do adolescente**. 1. ed. São Paulo: E. V. Editores Ltda, 1994.

MACHADO, Luana. **Abuso sexual infanto-juvenil e o seu tratamento no direito penal**. 2008. 82f. Monografia (Graduação). Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2008.

MORAIS, Edson. **Contexto Histórico do Código de Menores ao Estado da Criança e do Adolescente? Mudanças necessárias?** Disponível em: <<http://www.webartigos.com>>. Acesso em: 26 de outubro de 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra: 2002. Disponível em: <<http://www.opas.org.br>>. Acesso em: 01 de setembro de 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma abordagem interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERES, Pedro dos Santos. **O direito à educação e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5633>>. Acesso em: 27 de julho de 2011.

SAFFIOTI, I. B. Heleieth. Exploração sexual de crianças. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (orgs.). **Crianças Vitimizadas**: a síndrome do pequeno poder. 2 ed. São Paulo: Iglu, 2000, p. 49-95.

SILVA, Inalva Regina; NÓBREGA, Renata. Feridas que não cicatrizam. In: SILVA, Lygia Maria Pereira (org.). **Violência doméstica contra crianças e adolescentes**. Recife: EDUPE, 2002.

VELASQUEZ, Miguel Granato. **Direitos Humanos de crianças e adolescentes**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id455.htm>>. Acesso em: 28 de setembro de 2011.

VITIELLO, Nelson. Vitimização sexual: consequências orgânicas. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (orgs.). **Crianças vitimizadas**: a síndrome do pequeno poder. 2. ed. São Paulo: Iglu, 2000, p. 123-141.

PANACEIA PUNITIVA: O DISCURSO DO MEDO COMO INSTIGADOR DO EXPANSIONISMO PENAL

*Matheus Gomes CAMACHO*⁵

*Guilherme Fonseca de OLIVEIRA*⁶

RESUMO

A sociedade hodierna é claramente marcada por uma cultura do medo. Como este sentimento é essencialmente metafísico, para que ele possa ser debelado, é imprescindível sua materialização. É este o campo de atuação da mídia: como os detentores dos meios de comunicação tem o poder de moldar a opinião do público, utilizam-se disto para voltar o Direito Penal contra o setor mais vulnerável. Utilizando-se de um discurso do medo, pregam que estes indivíduos devem ser combatidos e reprimidos por intermédio de uma política criminal austera, com promulgação de leis penais rígidas que sirvam para reestabelecer a paz combalida. Todavia, a elaboração desvairada de leis penais e a administrativização do Direito Penal conduzem a uma panaceia punitiva, criando, com isto, um Direito Penal do Inimigo - que tem como foco principal o extermínio de indivíduos previamente selecionados e estereotipados como criminosos. Esta guerra contra a população pobre e a criminalidade de rua mostra-se ineficaz e alcança cifras alarmantes. Por tais razões, buscou-se demonstrar que o Direito Penal não é mais apto para amedrontar a população carente, que se vê proscrita por meio da fome ou do fuzil. Evidenciou-se que a necessidade de conscientização de que políticas criminais severas agravam ainda mais as desigualdades sociais e que os problemas existentes são contextuais, devendo-se, portanto compreender o "outro" em sua alteridade, para só assim guiar a uma práxis penal libertadora e conferir dignidade a quem dispõe apenas da condição humana.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso do medo. Expansionismo penal. Panaceia punitiva.

ABSTRACT

Contemporary society is based on a culture of fear. As this concept is essentially metaphysical, to extinguish it, its materialization is essential. This is the realm in which the media acts: since the owners of the media have the power to mold the public's opinion, they can modify it to suit a particular directive, stereotyping vulnerable populations as criminals. Using a discourse of fear, media preach that these individuals should be fought and repressed by an austere criminal policy, with the promulgation of rigid criminal laws that could re-establish the battered peace. However, the uncontrolled development of criminal laws and the management of the Criminal Law lead to a punitive panacea, resulting in Enemy's Criminal Law – designed to condemn individuals previously selected and stereotyped as criminals. Research shows that this war against poorer populations and

⁵ Estudante de Pós-graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

⁶ Estudante de Pós-graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

street criminality is ineffective. For these reasons it is sought to demonstrate that the Criminal Law is insight fear into poor populations, who are outcast by ways of starvation or rifle. Ratter, harsh criminal policies worsen social inequalities and these troubles are contextual; it should, therefore be understood that the “other” in its alterities, guiding to a liberation criminal praxis and grant dignity for the ones that are disposed only for the human condition.

KEY WORDS: Discorse of fear. Criminal expasionism. Punitive Panacea.

INTRODUÇÃO

É cada vez mais latente, na sociedade contemporânea, o fenômeno da panaceia punitiva, advindo de uma concepção equivocada do Direito Penal, como instrumento eficaz de controle dos delitos.

Essa necessidade de se punir mais e de forma mais severa vem se alastrando paulatinamente, instigando, assim, a opinião pública em busca de leis penais que transmita uma sensação, ainda que efêmera e fictícia, de ordem.

Isto porque, em decorrência dos inúmeros progressos ocorridos, bem como da celeridade dos meios de comunicação, há uma rápida transformação da realidade. Tal transformação nem sempre é acompanhada pelo corpo social, o que acaba por amedrontar parte dos cidadãos, os quais são intensivamente explorados e, não raro, manipulados, pelos meios de comunicação de massa.

Todavia, este medo, sentimento essencialmente abstrato, precisará ser materializado, para que, com isso, possa ser "combatido". É neste viés então que a mídia, utilizando-se de seu poderio e com vistas à manutenção do *status quo*, estereotipa um determinado setor social como criminoso, de forma quase que exclusiva, atribuindo-lhe a culpa por todas as mazelas.

Então, contra este criminoso nato (negro, pobre, marginalizado) é que se voltará o sistema penal e é ele quem será reificado e instrumentalizado para conferir à coletividade o sentimento fugaz de reestabelecimento da paz.

Para tanto, aliciados pelo discurso do medo fomentado pela mídia, pugnarão pela promulgação de leis penais mais atroztes para conter esta criminalidade de rua - sendo, outrossim, um campo fértil para autopromoção dos políticos e aumento de seu eleitorado, ainda que sob o manto de normas posteriormente declaradas inconstitucionais.

O DISCURSO DO MEDO

O medo é hoje o mais sinistro dos demônios e, por consequência, o mais explorado pela mídia.

Como define BAUMAN, o medo é um sentimento conhecido por todo ser vivo e advém da insegurança do presente e da incerteza do futuro, de não saber onde se encontra ou origina a ameaça e, muito menos, como detê-la. Ante este sentimento de impotência em arrebatar seus medos, nascem a insegurança e incerteza (2008, *passim*).

Estes fatores, inclusive, levaram Jesus-María Silva SANCHEZ a denominar a sociedade hodierna como "a sociedade da 'insegurança sentida' (ou como a sociedade do medo)"(2002, p. 33).

O medo e o mal sempre caminham juntos, pois eles são dois nomes da mesma experiência: "um deles se referindo ao que se vê e ouve, o outro ao que se sente. Um apontando para o 'lá fora', para o mundo, o outro para o 'aqui dentro', para você mesmo. O que tememos é o mal; o que é o mal, nós tememos"(BAUMAN, 2008, p. 74). A despeito, CHAUI ensina:

[...] A classe dirigente teme perder o poder e seus privilégios; a classe dominante teme perder riquezas, bens, propriedades (e para tanto afirma que o povo é violento e perigoso); a classe média teme a pobreza, a proletarianização, a desordem; a classe trabalhadora teme o desemprego, a morte cotidiana, a violência patronal e policial, a queda vertiginosa na marginalidade, na miséria absoluta, a arbitrariedade dos poderes constituídos (2006, p. 104).

À guisa do exposto, verifica-se que, ainda que permeie todas as classes sociais, indistintamente, o medo não é sentido de forma idêntica.

A classe dominante tem medos que dizem respeito tão somente aos seus interesses econômicos e políticos, ao passo que as classes mais baixas temem sua desumanização e reificação. Ou seja, na sociedade brasileira, profundamente autoritária, enquanto alguns têm medo de perder seu poderio, outros temem apenas perder seu requisito essencial: qualidade de pessoa humana.

As classes do alto político - lançando mão de leis penais como instrumento de repressão e opressão - deslocam o medo para a luta de classes e difunde a imagem de que

"eles" são sujos, imundos, estão fora do lugar e obstam a imagem de uma sociedade progressista e indivisa. Neste passo, concomitantemente, utilizam-se dos meios de comunicação, para corroborar esta ideologia e afirmar que "eles" são sociais, o vício, o perigo para todos (CHAUI, 2006, p.128).

Não obstante seja uma emoção humana, hoje o medo revela-se como uma obsessão da sociedade e da mídia, que vislumbra na criminalidade violenta um poderoso instrumento de dominação política e manutenção do *status quo* (BOLDT. 2013, p.95).

Isto porque os medos não têm raízes, nem solidez. Possuem uma imaterialidade inerente, facilitando assim que "políticos e os vendedores de bens de consumo acabem transformando esse aspecto em um mercado lucrativo" (BAUMAN, 2008, p. 74).

Deste medo nasce um rancor reprimido que é de gênese incerta. Entretanto, quando puder ser materializado sobre um alvo tangível (de preferência negro, pobre e analfabeto, marginalizado e excluído socialmente), propaga-se sua perseguição e eliminação, sem mesmo que possa "provar sua inocência, já que sua culpa reside em terem sido acusados de forma autorizada, não derivando daquilo que fazem ou pretendam fazer, mas daquilo que são" (BAUMAN, 2008, p.150).

Neste viés, afere-se que as massas, em regra, não são conduzidas pela razão, mas sim por sentimentos intensos, como amor e ódio, e opiniões fortemente conservadoras e altamente influenciáveis pelos meios de comunicação em massa.

É nesta atmosfera de incertezas atroz e medos difusos, é que, no seio de uma população fortemente acrítica e passional, ocorre a materialização destes sentimentos na figura de um indivíduo associal e amoral, com estereótipo bem demarcado.

E a solução sempre apresentada pela mídia, como forma de contenção de indivíduos (e não dos delitos!) é a mesma advinda da lógica da cultura escravocrata: vigilância intensiva e castigos corporais.

Isto deveras contribui para que a perpetuação de uma visão equivocada do sistema penal, como a forma primordial de controle social dos delitos, com vistas a libertar a sociedade desta sensação de insegurança.

É neste contexto que a mídia surge como substitutiva do Estado ausente e, em parceria com o sistema penal (e a irracionalidade de parcela da população), dissemina "o apelo difuso por justiça que beira o linchamento, pois muitas vezes dispensa o respeito às

garantias fundamentais em nome da aplicação de penas exemplares e mais rigorosas"(BUJES, 2013, p.11).

Infelizmente, como explica Leandro NUNES, em países neoliberais, notadamente o Brasil, há um tratamento ideológico, repassado desde a tenra idade, ensinando a lidar com normalidade a segregação dos pobres em comunidades, favelas ou guetos, repulsando com ojeriza seus moradores. Neste passo, o discurso midiático trabalha na mesma lógica bélica da Alemanha Nazista, asseverando que não há cura para os criminosos e a não-atuação do Direito Penal como *prima ratio*, implicará em um aumento incisivo da criminalidade e violência. Nesta engenharia social, a vida que não é dócil e útil aos propósitos do modelo econômico neoliberal é proscrita por meio da fome ou do fuzil (2013, p.103).

No Brasil, constata-se que a atual política criminal, baseada no discurso midiático, possui os mesmos fatores que concorreram para o holocausto - mas, em vez de um antissemitismo radical, tem-se uma cultura punitivista voltada contra todos que não têm utilidade ao mercado, isto é, em desfavor do pobre, do marginalizado, da criança de rua, do negro. O discurso do medo influi para a reprodução do "espírito da casa grande e senzala", típico das elites brasileiras.

Atualmente, a sociedade não consegue enxergar a sutileza da manipulação da televisão, vez não ser ela apenas um programa de entretenimento. Em verdade, "television is a mythology – highly organically connected, repeated every day so that the themes that run through all programming and news have the effect of cultivating conceptions of reality" (GERBNER, 2013).

George GEBNER demonstra ainda que pessoas que cresceram num lar onde se assiste há mais de três horas diárias de televisão podem sofrer da "síndrome do mundo vil", o que leva o indivíduo a acreditar que ele vive em um mundo muito mais violento do que realmente é - e de como as demais pessoas que assistem menos horas de televisão percebem-no - pois a programação reforça os piores medos e apreensões, bem como a paranoia das pessoas (2013).

Outra consequência, considerada a mais debilitante, é o sentimento generalizado de insegurança e vulnerabilidade - e a população tem medo de sair na rua, em seu bairro, e não interage com seus vizinhos, pois tem medo de conhecer pessoas. Logo, longe de trazer respostas ao problema da violência, os *mass media* agravam-nos, pois incentivam de

sobremaneira a fuga do social e do político, o debilitamento da fraternidade e laços de solidariedade, elementos essenciais para solucionar a crise de insegurança (GOMES, 2013, p. 46).

O discurso político, por sua vez, tende a articular-se sobre o medo e insegurança sociais, fustigando políticas criminais maximalistas, as quais se encontram em um cenário equivocado, sobrecarregado de velhas receitas ineficazes para os velhos problemas - campo fértil para o expansionismo penal (LOZADA, 2013).

Por conseqüência, mais do que um mecanismo de alargar a venda de jornais, o medo é um mecanismo de dominação sociopolítica, do qual os estadistas lançam mão, por meio de discursos de incremento ao aparato penal, ganham eleições (BOLDT, 2013, p.100). Neste viés, BAUMAN disserta:

Para os governos e o mercado, é interessante manter acesos esses medos e, se possível, até estimular o aumento da insegurança. Como a fonte das ansiedades parece distante e indefinida, é como se dependêssemos dos especialistas, das pessoas que entendem do assunto, para mostrar onde estão as causas do sofrimento e como lutar contra ele. Não temos como testar a verdade que nos contam. Só nos resta então acreditar no que dizem (2010, p.75).

Todavia, como bem ressalta SANCHEZ, não se pode chegar à ingenuidade de considerar a mídia como a responsável pela criação do temor da criminalidade. É mais razoável entender que ela, juntamente com o mercado, a política e outros segmentos sociais, reforçam os medos já existentes (2002, p. 39) - que alimentam as campanhas expansionistas.

Assim, a opinião do público, mais passional do que racional, é sempre pela implementação de políticas criminais mais rígidas, ainda que inconstitucionais, e difusão de que "bandido bom é bandido morto", recrudescimento das leis penais e das penas aplicadas, bem como de suas formas de execução, redução da maioria penal.

A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

O Direito Penal surge aqui como a grande vedete para a atenuação de "violência" cometida pelos criminosos, assim estereotipados pela classe dominante, em prol de uma suposta implementação e reestruturação da ordem social transgredida. Entretanto, não há a

mesma busca pela redução das desigualdades sociais, que, além de ser o principal motivo de ingresso no meio criminoso, é a forma mais cruel de violência.

Estes indivíduos, que recebem a pecha de criminosos natos, de forma quase lombrosiana, serão considerados inúteis, desumanos e supérfluos ao sistema.

Restar-lhes-á apenas sua concentração em bairros segregados, quase sempre desprovidos da infraestrutura condigna a qualquer ser humano - o que intensifica as desigualdades sociais e, simultaneamente, reforça a fragmentação e divisão social, que influi na demonização das classes socialmente alijadas.

As cidades adquirem contornos marcadamente segregatícios, ao se fragmentarem em zonas selvagem e civilizada, não conhecendo o "outro" em sua alteridade, mas como estranho, ameaçador. Este "outro" é o personagem que foi historicamente oprimido, despojado de direitos, socialmente invisíveis e coisificado pelo discurso hegemônico (BOLDT, 2013, p.30), consolidando um verdadeiro apartheid social como recurso principal para a contenção dos concidadãos indesejados (BOLDT, 2013, p.41), por meio de um recorte "hierarquia de classes e da estratificação etnorracial e a discriminação baseada na cor, endêmica nas burocracias policial e judiciária" (WACQUANT, 2004, p. 06), fator que complica gravemente o problema da seletividade do sistema penal.

O acúmulo de males nestes guetos faz com que seus moradores sintam-se desanimados e percebam que "eles e seus filhos têm pouco futuro, além da miséria e da exclusão a que parecem destinados no presente"(WACQUANT, 2001, p. 32).

Some-se a isto a dificuldade que encontram em se inserirem no mercado de trabalho, "resultado da mácula que afeta os habitantes das áreas urbanas decadentes, à medida em que seus bairros são identificados como instáveis solos de cultivo de 'problemas sociais'"(idem).

Neste passo, o Estado brasileiro "opera sem o envolvimento dos excluídos, sem a efetiva participação dos afetados" (BOLDT, 2010, p. 896) e atinge, principalmente, "as formas de desvios típicos dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados, preservando da criminalização as ações antissociais realizadas por pessoas das classes hegemônicas" (BOLDT, 2010, p. 896). Deste modo, constata-se que, consoante ensinamentos de Theodor Wiesengrund Adorno, se as "massas são injustamente difamadas do alto como tais, é também a própria indústria cultural que as transforma nas massas que

ela depois despreza, e impede de atingir a emancipação [...]" (ADORNO, 1987, p.295).

A seletividade no sistema penal é verificável tanto no momento da criminalização primária, quanto no momento de seleção de determinadas condutas como delituosas, e no momento da criminalização secundária, que ocorre quando se exerce o *jus puniendi* estatal contra determinados indivíduos. A seletividade ainda se operará na aplicação das normas processuais penais, sendo mais rude em determinados crimes - como o tráfico ilícito de entorpecentes -, bem como na execução das sanções penais (BOLDT, 2013, p.85).

Tal asserção corrobora-se com o levantamento do Instituto Avante Brasil, uma vez que pessoas negras e pardas perfazem 60,7% da população carcerária nacional, denotando seu caráter etnicista (GOMES, 2012, *online*). Ainda, 65,7% dos aprisionados sequer possuem ensino fundamental completo, acentuando seu caráter discriminatório e desigual. Outro dado importante é que o número de indivíduos que foram encarcerados por cometer roubo, furto ou tráfico de entorpecentes (delitos cometidos com maior frequência pelas classes mais baixas) atinge 68% do total dos presos, o que marca o caráter segregatório e voltado contra a parcela mais vulnerável da população (INSTITUTO AVANTE BRASIL, 2012, *online*).

É nesta ensanxa que a mídia exerce sua influência e promove a criminalização da miséria e o delito permanecerá identificado no estereótipo do bandido nato, qualificado como o "outro" e que necessita da aplicação da reprimenda penal severa para que a ordem social seja restaurada.

É inegável o fato de que uma parcela da população pertencente às classes socialmente mais vulneráveis cometem crimes, notadamente com maior incidência de jaez patrimonial (mas a prática de condutas delitivas não é exclusiva deste setor). Entretanto, a falta de políticas públicas para efetivar as garantias asseguradas com fito de conferir-lhes dignidade, faz com que estes indivíduos tenham grande possibilidade de se inserirem no meio criminoso. Esta lacuna em medidas para assegurar seus direitos surge pois estes indivíduos "têm se tornado inúteis não apenas no plano econômico, mas também nos planos político e cívico" (BOLDT, 2013, p.32), pois numa sociedade de consumo, pessoas que não têm poder aquisitivo são descartáveis e, por consectário, excluídas do sistema.

Hodiernamente, com a supervalorização do consumo pelo sistema capitalista, ter condições financeiras de adquirir bens é requisito essencial para ser cidadão - e o sistema só

protegerá os indivíduos considerados cidadãos. Todavia, no Brasil apenas uma parcela da população possui elevado poder aquisitivo e é exatamente ela que propagará sua ideologia e a disseminará por todo o ordenamento, especialmente o penal.

Ao ensejo, nota-se que o discurso do medo, por intermédio da mídia, tende a conferir contornos bélicos a todo conflito social e o Estado mostra-se despreparado para fazer frente a macrocriminalidade. Em razão disso, clama-se pela aplicação expansiva do Direito Penal, como último baluarte capaz para proteger os "cidadãos de bem", em face do inimigo social.

EXPANSIONISMO PENAL

Em meio a todos estes acontecimentos da sociedade hodierna, há uma busca incessante para uma resposta concreta no que diz respeito ao reestabelecimento da paz social e ao sentimento de segurança entre indivíduos e Estado.

Porém, essa paz é perscrutada de forma equivocada, vez que a opinião do público é moldada facilmente pelos meios de comunicação em massa.

A população, por vezes apedeuta e desconhecadora da seletividade e falência do sistema penal, acredita que todo o caos social pode ser resolvido por intermédio do recrudescimento das leis penais, robustez do aparato policial e supressão de garantias processuais dos ditos inimigos sociais - ou "não cidadãos".

Neste cenário, verifica-se a ampla difusão do pensamento expansionista do Direito Penal, notadamente a partir de meados de 1980.

Como sustenta Günther JAKOBS, a expansão do Direito Penal consubstancia-se em uma atividade legislativa massiva, em matéria penal, tipificando condutas que, vistas da perspectiva da proteção dos bens jurídicos caros ao convívio social harmônico, caracterizam "criminalização no estado prévio", nos dizeres do aludido autor, com sanções penais desproporcionalmente altas - o que produz dois fenômenos principais: o Direito Penal simbólico e o ressurgir do punitivismo, duas linhagens do Direito Penal do inimigo (2012, p.77).

Os Direitos Humanos já não são vistos mais como uma conquista histórica, fruto de incansáveis lutas sociais, mas, sim como "direitos de bandidos", isto é, uma benesse estatal para proteção exclusiva dos criminosos em detrimento do sacrifício dos "homens de bem".

O Direito Penal perde de vista seu mister - meio de resolução de conflitos mais nocivos e de garantia de uma relação simbiótica entre os cidadãos - e passa a ser um instrumento de dominação. Por derradeiro, a sociedade passa a temer demônios que são criados essencialmente por ela mesma, buscando no mundo jurídico soluções contingenciais para problemas que são, antes de tudo, contextuais (BOLDT, 2013, p.112).

Por tais razões, não veem no criminoso qualquer possibilidade de se ajustar ao sistema capitalista vigente. A solução, então, seria suprimir-lhe muitos de seus direitos e garantias fundamentais, transformá-lo em inimigo social, tolhendo qualquer perspectiva de ressocialização e, neste sistema estigmatizante, não lhe resta alternativa imediata, senão voltar a delinquir.

Vale ressaltar que as deficiências do Direito Penal não advém somente do discurso midiático. O contexto sociopolítico, por exemplo, também exerce influência relevante. BOLDT ressalta que os códigos penal e processual penal foram elaborados na década de 1940, sob influência de regimes totalitários (ambos os códigos foram inspirados no "Código Rocco", da Itália fascista) e governos autoritários (2013, p. 53).

Entretanto, por intermédio do discurso do medo, os meios de comunicação de massa reforçam o instinto de vingança intrínseco ao ser humano e propagam o expansionismo penal e o Direito Penal simbólico.

O conceito do termo de Direito Penal simbólico não é assente doutrina. Os estudiosos, entretanto, apontam que se trata de uma oposição entre "realidade" e "aparência", entre "manifesto" e "latente", entre o "verdadeiramente desejado" e o que é "aplicado"; e se trata sempre dos efeitos reais das leis penais (BOLDT, 2013, p. 119).

Logo, seu maior problema está na relação antitética entre o dever-ser e o ser do Direito Penal, ou seja, na realidade, este serve apenas de um expediente excludente, que criminaliza indivíduos específicos, que é visto como "outro", não compreendido em sua alteridade, em vez de selecionar fatos contrários nocivos ao convívio social.

Por consectário, observa-se a "demonização" de alguns indivíduos que, por não se conformarem à lógica liberal e capitalista, não são mais corpos dóceis e úteis para o sistema, devendo ser excluídos e marginalizados, dando azo ao Direito Penal do Inimigo.

Por tais razões, JAKOBS infere que este Direito do "não-cidadão" é caracterizado por três elementos:

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de - como é o habitual - retrospectiva (ponto de referência: fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (2012, p. 90).

Todavia, o imaginário coletivo tem a convicção de que nenhum crime pode ficar sem castigo corporal, pois acreditam que é por meio deste que a vítima será vingada e seu crime expiado.

É importante ressaltar que pugnar pela aplicação (racional) da pena ao verdadeiro infrator da lei penal não é, por si só, um erro. O equívoco está no seu exagero, nas formas desumanas e degradantes, retrocedendo aos pensamentos punitivos medievais, onde a repressão estatal é vista como vingança - sentimento este que é reprimido em nosso ordenamento, mas que, inegavelmente, traz à população um incomensurável prazer.

Neste cenário caótico, potencializa-se o descrédito no judiciário e no ordenamento penal, pois tem em mente que a aplicação e execução das penas são brandas demais, pugnando-se cada vez mais pelas penas capitais.

Em contrapartida, a imprensa cada vez mais fortalece a sua credibilidade perante a opinião pública e engendra a aceitação social do discurso punitivo que estimula a restrição de garantias fundamentais e a legitimação do processo penal antigarantista (BOLDT, 2013, p. 159).

Pelo exposto, verifica-se que do discurso do medo fomentado pela mídia acarreta uma expansão do Direito Penal, com uma atuação meramente simbólica, havendo uma desvinculação entre seu dever-ser e seu ser.

Com isso, o Estado é chamado para solução de quase todo conflito social, acarretando a deterioração das garantias e direitos fundamentais, reificando os indivíduos.

Entretanto, ao permitir "ao Estado, que chamamos para nos proteger, que ele desconsidere nossa condição fundamental de cidadãos - condição esta da qual depende a legitimidade deste mesmo Estado que formamos - quem nos protegerá do Estado?"(BOLDT. 2013, p.153).

É neste campo que se abre a possibilidade, inclusive, para o surgimento do Direito Penal do inimigo, na medida em que se nega a um grupo específico seus direitos fundamentais e lhes são tolhidas as perspectivas de adequação ao modelo social. Este novo direito para os "não-cidadãos" tem com bandeiras:

(a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.) (GOMES, 2013, p.8).

Denota-se que este Direito conflita com todas as garantias instituídas na Constituição Federal, sendo possível aferir a gênese de duas modalidades de Direito Penal: um para o cidadão e outro para o inimigo.

Todavia, é certo que em um Estado Democrático de Direito, falar em Direito Penal do cidadão deve(ria) ser um pleonasmo, enquanto o Direito Penal do inimigo é uma antítese, um "não Direito" (GOMES, 2013, p. 8).

Deste modo, sob a argumentação de proteção dos "Direitos Humanos para humanos direitos", verifica-se a deterioração gradativa do Estado de Direito no Brasil, que busca compensar, de forma condenável, a ausência de um Estado Social com um Estado Penal cada vez mais opressivo e que reforçam ainda mais os estereótipos de criminosos natos ainda presentes no imaginário popular.

Como se pode deduzir, políticas punitivistas com viés neoliberal, longe de solucionar os problemas da criminalidade de rua, apenas contribuem para acentuar diferenças sociais que afligem a nação e manter a hegemonia da classe dominante, obstaculizando a implementação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Neste sentido assevera BOLDT:

Por conseguinte, ao privilegiar as políticas repressivas penais como a melhor (e talvez única) solução para resolver problemas sociais que, via de regra, são estruturais, o Estado brasileiro se distancia do conceito de democracia, pois nesse processo vitimou a cidadania e os direitos humanos [...]. A tortura, as condições inumanas das prisões, o assassinato de crianças de rua e de adolescentes, enfim, a violação extrema de direitos dos clientes do sistema penal é vista com certa indiferença por largos contingentes da população, insensibilidade que indica a banalização da violência e a reificação dos seres humanos definidos de acordo com a sua utilidade no plano da produtividade e do consumo (2013, p.48).

A repressão infligida contra os segmentos subalternos por meio do recrudescimento do aparato penal, influenciada por políticas maximalistas, serve, na maioria das vezes, como forma de criminalização da pobreza. Todavia, esse discurso expansionista, iniciado em meados de 1980, mostra-se ineficaz para a prevenção dos delitos e, em vez de reduzir a criminalidade, agravam-na. A despeito do tema, Martín LOZADA afirma:

Las políticas de “mano dura” aplicadas en algunos países de América latina, en lugar de aportar soluciones “agravaron la violencia” porque para poder aplicar esos planes “se restó apoyo a las medidas de prevención del delito”, expresaron en forma coincidente dos informes presentados por la ONU y la OEA en Tegucigalpa, Honduras. “La falta de una adecuada respuesta del Estado ante la violencia y el delito en ocasiones ha conducido a (...) la estigmatización de personas o grupos”, favoreciendo “la aparición de grupos de ‘limpieza social’, como ‘escuadrones de la muerte’ o grupos parapoliciales y paramilitares”, dijo la ONU en un documento titulado “Seguridad ciudadana y derechos humanos”(2013).

61

Em consonância com o acatado encontram-se os estudos de Luiz Flávio GOMES, indicando que, ante o recrudescimento do aparato penal e aumento de 472% na taxa de encarceramento, entre 1990 e 2011 no Brasil, (2013, p. 105), a criminalidade, nestes últimos trinta anos, em vez de reduzir, aumentou vertiginosamente.

Em 1979, o Brasil tinha a cifra de 9,6 homicídios para cada 100 mil habitantes; em 2010, esta taxa foi de 27,3, perfazendo um milhão e duzentos mil assassinatos entre os anos de 1990 e 2012. Isto equivale a um assassinato a cada nove minutos e quarenta e oito segundos, ou seja, 147 vítimas por dia (GOMES, 2013, p. 63), correspondendo, ainda, a 11% de todos os homicídios que acontecem no mundo (ibidem, p. 75).

E não para por aí. De acordo com o diagnóstico elaborado pelo Governo Federal

apresentado ao Conselho Nacional de Juventude – CONJUVÉ, demonstra o caráter seletivo e discriminatório destas políticas maximalistas: o homicídio dos negros corresponde a 70,6% dos números de homicídios do país, ou seja, a cada branco assassinado, morrem quase quatro negros nas mesmas circunstâncias (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2012).

O quadro é tão alarmante que a ANISTIA INTERNACIONAL promoveu a campanha "Jovem Negro Vivo", eis que em seu relatório, dos 30.000 jovens assassinados, 77% são negros. E pior: menos de 8% dos casos chegam a ser julgados (2014).

Diante de tais pesquisas, é indubitável que os clientes do Direito Penal já não se sentem ameaçados por esse Direito Penal do inimigo.

Francisco MUÑOZ CONDE ressalta ainda que talvez "o fato de que o Estado já de antemão os exclua e os qualifique como 'não pessoas' os legitime em seus ataques ao Estado" (2013, p.73).

Deveras, factualmente está caracterizada uma guerra civil camuflada que tem como bases a seletividade e desigualdade sociais, e visa à eliminação das *displaced persons*, na expressão de Hannah ARENDT (2004, p. 313).

Outra faceta do expansionismo penal consiste, também, na panaceia punitiva, oriunda da superinflação da legislação penal - reforçando ainda mais o Direito Penal simbólico. Nesta seara, é importante salientar o levantamento de BOLDT:

No Brasil, onde desde a promulgação da constituição federal (outubro de 1988) foram produzidas 3.510.804 novas normas jurídicas, a intervenção penal tem sido utilizada como resposta para quase todos os tipos de problemas sociais e converte-se em respostas simbólicas oferecidas pelo Estado em face das demandas sociais por segurança e penalização, veiculadas pela mídia e sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito (2013, p. 114).

A hipertrofia da legislação penal, fruto de políticas impensadas e sem qualquer prognóstico, com vistas à promoção pessoal e nítido caráter eleitoral, usurpa-se do Direito Penal, a pretexto de controle da criminalidade e proteger todos os bens jurídicos sociais, independentemente de sua relevância social, e utiliza-o como única forma possível de trazer o bem-estar e justiça sociais. Servem, então, somente para criar uma sensação ilusória e efêmera de pacificação e contenção da criminalidade.

Como consequência, há uma inflação legislativa de normas que são, no mais das vezes, apontadas como inconstitucionais pela doutrina e/ou jurisprudência e não subsistem a uma análise em paralaxe com os princípios do ordenamento penal, notadamente a fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade. Isto porque tais leis "são criadas com o intuito de solucionar emergências decorrentes de fatos que, diariamente, são veiculados pela mídia e absorvidos pela população sem qualquer reflexão crítica" (BOLDT, 2013, p. 43).

Essa hiperinflação conduz ao fenômeno denominado de administrativização do Direito Penal, que se caracteriza pela inserção, na tutela do ordenamento penal, de bens jurídicos que poderiam ser protegidos pelos demais ramos do Direito.

Atribui-se ao Direito Penal um fardo que ele não poderá sustentar por muito tempo - se é que ainda o faz! Fardo esse que poderia ser compartilhado com o Direito Administrativo sancionador. Alerta Eduardo DINIZ NETO:

Pertinentemente à administrativização do direito [...] a crítica nodal assenta na constatação de que a incriminação de condutas sem levar em consideração, frequentemente, o critério do dano social do fato, na busca de exasperado pragmatismo de eficiência, por si só, pode levá-lo (o direito penal) a perder sua feição garantística, afrontando diversos princípios fundamentais constitucionais, dentre os quais, nomeadamente, neste caso, os princípios da lesividade, da alteridade e da proporcionalidade (2013, p. 215).

Nesta senda, com vistas à solução desta celeuma, Alexandre KNOPFHOLZ atesta que é possível encontrar no Direito Administrativo sancionador um mecanismo apto e legítimo para lidar suficientemente com as violações a preceitos normativos relevantes, eis que este ramo do Direito tem traços em comum com o Direito Penal, como observância da legalidade, devido processo legal contraditório, ampla defesa, motivação e presunção de inocência, mas atua de forma menos drástica e afigura-se como resposta mais razoável e proporcional a determinados ilícitos (2013, p.28-30).

Por derradeiro, claramente denota-se que estas medidas punitivistas, com caráter profilático e aprisionamento maciço dos pobres, não vêm obtendo o resultado almejado, pois, em verdade, não se mostram hábeis a combater a criminalidade, que vem crescendo drasticamente ao longo das últimas décadas e acabam com agravar ainda mais as

desigualdades sociais existentes. Por consectário, é imperioso concluir que a expansão do Direito Penal e adoção de políticas punitivistas não são aptas a resolver os problemas da sociedade contemporânea que são, antes de tudo, contextuais.

CONCLUSÃO

Este cenário caótico, de panaceia punitiva, vivenciado atualmente é produto de um discurso do medo altamente difundido pela mídia, que atribui ao negro e pobre a pecha de criminoso, imoral, inconsequente e irrecuperável, restando a ele, apenas, a aplicação da lei penal de forma algoz.

Como consequência disto, temos um ordenamento penal com nuances fascistas voltados essencialmente contra a criminalidade de rua. Com isso tem-se um sistema penal excludente, com uma atuação policial seletiva.

A coletividade, influenciada por este discurso midiático, clama por justiça, por castigos, nas formas mais hostis, que beiram linchamentos e execuções sumárias e se voltam, na maioria das vezes, contra a classe mais baixa - que comete crimes de maior visibilidade.

O Brasil, desde seu surgimento jurídico, jamais experimentou um modelo que fosse inteiramente vinculado a um Estado social. Consequentemente, tem-se um controle social com caráter penal bem acentuado - e ainda é etnicista, autoritário, desigual.

A mídia, tutelando os interesses das classes dominantes e manutenção de seu *status quo*, tende a conferir contornos bélicos a todo conflito social e tentar difundir que a sociedade está cada vez mais desprotegida, e o Estado fraco para fazer frente à criminalidade. Inevitavelmente, o resultado disto é o expansionismo penal.

Todavia, confere-se ao Direito Penal um fardo muito denso, além de lhe atribuir funções que não correspondem àquelas pelas quais ele foi concebido. Nesta senda, surge um Direito Penal inoperante para os fins a que se destina, um Direito Penal simbólico. Fardo este que poderia ser repartido com outros ramos do Direito, dentre eles o Direito Administrativo sancionador.

Além disso, esta política de mão dura é ineficiente para a contenção dos delitos este sistema, marcado por legisladores despóticos, que buscam de forma desvairada a elaboração de leis penais, sem qualquer prognóstico, e que não surtem o efeito desejado, a

saber, a contenção dos delitos, que vem sofrendo aumento drástico nas últimas décadas.

Por fim, por meio de um discurso pautado na crítica e na reflexão, deve o cidadão se conscientizar de que a paz e justiça sociais não serão atingidas pelo recrudescimento do Direito Penal, mas sim pela percepção de que os problemas sociais são contextuais, aprendendo a compreender o "outro" em sua alteridade, assegurando sua condição humana e conferindo-lhe seus direitos e garantias fundamentais, para guiar a uma práxis penal libertadora e conferir dignidade a quem dispõe apenas da condição humana.

Deve-se, outrossim, buscar a implementação de políticas públicas que se destinem à supressão dos abismos existentes em nossa sociedade e efetivamente socializar a população que é, desde os primórdios, excluída e estigmatizada.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund. A indústria cultural. Trad. Amélia Cohn. In: COHN, Gabriel (Org.). **Comunicação e indústria cultural**. 5. ed. São Paulo: T.A. Queiroz, 1987, p. 287-295.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Editora Companhia das Letras: São Paulo, 2004.

BAUMAN, Zygmund. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

_____. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Direitos, fundamentais para quem?** Mídia, direito penal e criminalização da pobreza. In: Revista dos Tribunais, online, vol. 893, p. 385-401, mar. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BUJES, Janaina de Souza. **A mídia no banco dos réus: apontamentos acerca da influência dos meios de comunicação de massa nas decisões judiciais de processos criminais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/porta/conteudo/m%C3%ADdia-no-banco-dos-r%C3%A9us-apontamentos-acerca-da-influ%C3%Aancia-dos-meios-de-comunica%C3%A7%C3%A3o-de-massa>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

DINIZ NETO, Eduardo. **Sociedade de risco, direito penal e política criminal**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7385>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. A violência contra os jovens negros no Brasil. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-violencia-contra-jovens-negros-no-brasil>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

GERBNER, George. **Reclaiming Our Cultural Mythology**: Television's global marketing strategy creates a damaging and alienated window on the world. Disponível em: <<http://www.context.org/iclib/ic38/gerbner/>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Teoria geral do populismo penal. In: BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Perfil dos presos em 2012**. Disponível em: <Erro! A referência de hiperlink não é válida.>. Acesso em: 14 ago. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **"Direito Penal" do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal**. Disponível em: <http://arquivos.unama.br/professores/iuvb/AulasAnteriores/CienciasCriminais/TEORIA_DO_GARANTISMO_PENAL/GARAN_Aula04_Obrigatoria.pdf>. Acesso em: 02 maio 2013.

INSTITUTO AVANTE BRASIL. **Sistema penitenciário**. Disponível em: <Erro! A referência de hiperlink não é válida.>. Acesso em: 14 ago. 2013.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de riscos e poder de polícia: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo sancionador. **Revista de Ciências Penais**, online, v. 15, jul. 2011. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 15 jul. 2013.

LOZADA, Martín. **Democracia de opinión y castigo penal**. Disponível em: <<http://www.rionegro.com.ar/diario/rn/nota.aspx?idart=827272&idcat=9539&tipo=2>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2013.

NUNES, Leandro Gornicki. **O estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto**. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 03 fev. 2013.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

_____. **Os condenados da cidade:** estudos sobre marginalidade avançada. Trad. João Roberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2001.

UMA ANÁLISE DA LEI DO FEMINICÍDIO A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Gabriela BULCÃO⁷

Ana Nayara CARAUBA⁸

RESUMO

O trabalho que aqui se apresenta pretende analisar, a partir da criminologia crítica, como os movimentos de esquerda, em especial os movimentos feministas, cada vez mais, têm buscado a criminalização e o punitivismo como uma tentativa de resolução das violências sociais. Como exemplo dessa demanda, recentemente, foi aprovada a Lei 13.104/2015, conhecida como “Lei do Femicídio”, manifestação de direito simbólico que, apesar de pautar-se no discurso de luta contra a violência de gênero, utiliza-se do direito penal que é incapaz de proteger as mulheres, posto que transporta e reproduz os valores da sociedade, marcada pelo patriarcalismo, que as discrimina e as trata como objeto pertencente aos homens, gerando, ainda, uma dupla violência contra as mulheres. A nova lei não traz novidades no campo jurídico-penal, é simbólica, ineficaz e excludente, além de trazer tipos penais excessivamente abertos, dificultando a aplicação.

PALAVRAS-CHAVES: criminologia crítica; lei do feminicídio; punitivismo; simbolismo penal;

ABSTRACT

The work presented here aims to analyse, from the critical Criminology, as left movements, in particular the feminist movements, increasingly, have sought the criminalization and punishment as an attempt to resolve the social violence. As an example of this demand, recently approved the law 13.104/2015, known as the "Femicide Act" manifestation of symbolic law that, although guided speech to combat gender violence, it uses criminal law which is unable to protect women, carries and reproduces the values of society, marked by the patriarchy that discriminates and treat them as belonging to men, generating a double violence against women. The new law didn't brings news in the field of criminal law, is symbolic, ineffectual and excluding, in addition to bringing criminal types excessively open, making hard the application.

KEYWORDS: Critical criminology; femicide act; punishment; criminal symbolism;

INTRODUÇÃO

⁷

Estudante de Graduação - Universidade Estadual de Maringá.

⁸

Estudante de Graduação - Universidade Estadual de Maringá.

O presente artigo tem como tema central a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/2015), que altera o art. 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072/1990 para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos, e a crescente busca pela criminalização de condutas e pelo punitivismo.

É imprescindível questionar quem realmente será criminalizado com a nova forma qualificadora do tipo penal e, ainda, se a justiça criminal é capaz de proteger as mulheres, visto que o direito penal serve a manutenção e reprodução da dominação e exclusão. Debate-se acerca da função simbólica da lei, posto que esta procrastina a solução de um problema que só poderia ser resolvido de outras formas, além de constituir majorante de um crime já tificado, mas não configurar como razão imediata da conduta.

O objetivo do estudo em comento visa demonstrar a ineficiência da lei penal enquanto ferramenta que busca a diminuição dos homicídios contra mulheres motivados por condição de sexo feminino, o que será feito por intermédio de pesquisa bibliográfica nos referenciais teóricos, aplicando-se, na escrita, o método dedutivo.

Este trabalho se justifica, tendo em vista o atual contexto da sociedade brasileira, que, cada vez mais, busca no direito penal respostas e soluções para os problemas sociais como a violência contra as mulheres.

69

OS MOVIMENTOS DE ESQUERDA E O PUNITIVISMO

As transformações sociais que marcaram a história recente da sociedade brasileira, como as ascensões dos movimentos feministas, movimentos ambientalistas, movimentos LGBTQTS, entre outros, indicam que estes setores de esquerda, cada vez mais, têm demonstrado interesse pela repressão à criminalidade e pelo punitivismo. Aqueles cujos ideais tenderiam a se aproximar do abolicionismo penal e da intervenção mínima, acabaram por se distanciar destes, utilizando-se dos mesmos mecanismos repressores do sistema penal, sistema este que, historicamente, serve à manutenção e reprodução da dominação e da exclusão.

A punição está enraizada na sociedade, é uma criação antropológica, o homem acredita que punindo seu semelhante pode melhorá-lo. Assim, instaurou-se a ideia de que a melhor solução para conflitos é a punição, a criminalização de condutas, o incremento de

controle e as privações de liberdade. Supostamente, todos estes fariam parte de um projeto de ressocialização e desenvolvimento social, privação e punição com vistas à consecução de uma realidade social aparentemente libertária. A sociedade em geral seria tomada por um sentimento de segurança com a responsabilização criminal, em última análise, a punição de uns serviria a tranquilidade e liberdade de outros. Evidentemente, existe uma questão muito mais complexa, as condutas desviantes não deixam de serem praticadas apenas por terem sido criminalizadas.

O problema da maximização da punição, como frisa Zaffaroni, é que o poder punitivo sempre escolheu a quem punir, selecionando grupos específicos com um discurso de segurança em troca de poder. Mulheres, hereges, judeus, homossexuais, comunistas, negros e índios já foram escolhidos pelo poder punitivo. Atualmente, os eleitos são os grupos que estão à margem da sociedade, aqueles cujos direitos não estão garantidos, são desfavorecidos economicamente, sofrem discriminação social e, por isso, alvos fáceis.

É válido o debate sobre a eficiência do direito penal. Observando que ele está irremediavelmente vinculado à manutenção e reprodução da dominação e exclusão, questiona-se como seria possível que esse mesmo sistema operasse a intervenção e incremento de controle sobre as classes que o comanda, as detentoras de privilégios econômicos. O discurso de punição é facilmente transfigurado em seu propósito elementar e aquele que busca punição, sendo mais fraco, acaba sendo punido.

70

ABOLUCIONISMO PENAL X PUNIÇÕES SEVERAS

Os movimentos feministas, que lutam contra a violência de gênero, de um lado se mostram progressistas e abolicionistas por demandarem a descriminalização de condutas como o aborto, o adultério, a sedução. De outro se mostram punitivistas, buscando a criminalização e o recrudescimento da punição de condutas antes não tipificadas, como por exemplo, as reivindicações que impulsionaram a criação da lei do Feminicídio. “De um lado, luta por uma série de descriminalizações, observando o direito penal mínimo, de outro, clama por punições severas para aqueles que batem, estupram e assediam sexualmente”.

Ainda que seja notória a crise de legitimidade do direito penal no Brasil, comprovada teórica e empiricamente, há uma demanda re-legitimadora de sua aplicação.

Os movimentos feministas, paradoxalmente, ora admitem a ineficácia do sistema penal, e ora se apoderam dele. A professora e escritora, Vera Regina Pereira de Andrade denomina esse processo de “publiscização-penalização” do privado, ainda segundo a professora:

“Essa demanda pelo sistema acaba por reunir o movimento de mulheres, que é um dos movimentos mais progressistas do país, com um dos movimentos mais conservadores e reacionários, que é o movimento de *Lei e Ordem*. Ambos acabam paradoxalmente unidos por um elo, que é mais repressão, mais castigo, mais punição (...)”.

A busca pela criminalização acaba sendo motivada pelo papel secundário imposto e vivenciada pelas mulheres enquanto sujeito social. A ciência moderna é dominada pelo homem. Segundo Alessandro Baratta, “as distorções androcêntricas da ciência e do direito veem o seu fundamento na própria estrutura conceitual dos dois sistemas, como demonstra a própria análise histórica”. O Direito – bem como o direito penal – foi estruturado a partir de uma perspectiva masculina, segundo Frances Olsen, o direito é construído por e para homens, assim, as necessidades das mulheres são desconsideradas e o acesso à justiça é inviabilizado.

Entretanto, é necessário destacar que o direito penal não é capaz de proteger as mulheres, isto porque, a justiça criminal não é se quer capaz de prevenir novas violências, ainda mais incapaz seria de prevenir violências contra as mulheres, posto que transporta e reproduz os valores da sociedade, marcada pelo patriarcalismo, que as discrimina e as trata como objeto pertencente aos homens.

Além de não proteger, o sistema de justiça criminal duplica a violência sofrida pelas mulheres, pois:

“a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando os estereótipos inerentes a essas duas formas de desigualdade”.

Desde 2003 com a criação da Secretária de Políticas para as Mulheres, as políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres, foram fortalecidas por meio da elaboração de conceitos, diretrizes e normas relativas à temática. Em consonância a esta política, a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – trouxe uma nova forma de tratamento de violência

contra as mulheres no ambiente doméstico, trazendo uma perspectiva de gênero para essa violência. Para Maria Amélia Teles e Mônica de Melo, violência de gênero é “(...) uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher”. A Lei representou um avanço no âmbito jurídico brasileiro, pois, além de reconhecer a condição vulnerável das mulheres para com os homens, admitiu-se também a aplicação desta em relações homoafetivas.

A Lei traz em seu texto medidas protetivas para preservar a integridade física, psíquica e moral da vítima impondo restrição de lugares, contato e aproximação por um prazo determinado do agressor, e medidas assistenciais, como o atendimento de equipe multidisciplinar, centrais de atendimento e casas abrigo, caracterizando alternativas que resguardam a vítima, e não o encarceramento imediato do agressor. Percebe-se a incorporação do discurso minimalista pela criminologia feminista na forma com que a Lei Maria da Penha é aplicada.

Entretanto, a lei não foi capaz de mudar o paradigma do direito para esse tipo de violência, nem de levar uma sensação de segurança às mulheres. O exemplo de como a lei não foi um sucesso, foi o clamor por diversos grupos feministas para a aprovação da lei do feminicídio.

72

POR QUE A LEI DO FEMINICÍDIO DEVERIA EXISTIR?

Em 09 de março deste ano, foi sancionada a Lei 13.104/2015, mais conhecida como “lei do feminicídio”, que altera o art. 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072/1990 para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Os mencionados dispositivos passaram a ter a seguinte redação:

Art. 121

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Feminicídio:

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

Pena: reclusão, de doze a trinta anos

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolver:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A lei prevê ainda causas de aumento de pena, inserindo o seguinte parágrafo:

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passou a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 1º

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);

Dessa forma, o Brasil passou a ser o 16º país a inserir o crime de feminicídio em sua legislação penal pátria, aproximando-se de Argentina, Peru, Chile e outros da América Latina.

Vale destacar que a Lei Ordinária 13.104/2015 decorreu do Projeto de Lei 8.305/2014, de iniciativa do Senado Federal, apresentado em 17 de dezembro de 2014, e que tramitou em regime de urgência. A proposta havia sido concebida no âmbito da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência Contra a Mulher de 2012 e foi aclamada por deputadas/os, senadoras/es e vários segmentos sociais, concebida como um avanço em razão de o Brasil ocupar a sétima posição no ranking mundial de assassinatos de mulheres.

O projeto originalmente concebido no contexto da Comissão Parlamentar de Inquérito reconheceu a inovação da Lei Maria da Penha e o compromisso firmado pelo Brasil de enfrentar todo o tipo de violência de gênero, garantindo que todos gozem de seus direitos humanos, trazendo em suas justificativas:

“Tivemos em nosso País um grande avanço no combate à impunidade e à violência contra a mulher com a edição da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 2006). Com a promulgação dessa lei, o Estado brasileiro confirmou seus compromissos internacionais e constitucionais de enfrentar todo o tipo de discriminação de gênero e de garantir que todos, homens e mulheres, que estejam em seu território, gozem plenamente de seus direitos humanos, que naturalmente incluem o direito à integridade

física e o direito à vida. A lei deve ser vista, no entanto, como um ponto de partida, e não de chegada, na luta pela igualdade de gênero e pela universalização dos direitos humanos. Uma das continuações necessárias dessa trajetória é o combate ao feminicídio”.

Quando ainda se tratava de um projeto a espera de sanção presidencial, a Organização das Nações Unidas Mulheres Brasil já parabenizava o país pelo progresso realizado com a aprovação do projeto de lei. Para a chefe da ONU Mulheres Brasil, a aprovação do projeto de lei representou um avanço político, legislativo e social.

Apesar da aclamação, considerando os feminismos como projeto emancipatório para a humanidade, apreciando, ainda, as teorias criminológicas críticas, bem como, a realidade sociocultural e carcerária brasileira, a nova lei não traz novidades no campo jurídico-penal, é simbólica, ineficaz em seu propósito e excludente, além de trazer tipos penais excessivamente abertos, dificultando a aplicação.

Preliminarmente, há que se ponderar que o feminicídio constitui modalidade de violência de gênero que, nos termos do art. 3º, alíneas c e d, da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica – Convenção de Istambul define-se como:

c) Gênero: refere-se aos papéis, aos comportamentos, às atividades e aos atributos socialmente construídos que uma determinada sociedade considera serem adequados para mulheres e homens;

d) Violência de gênero exercida contra as mulheres: abrange toda a violência dirigida contra a mulher por ser mulher ou que afeta desproporcionalmente as mulheres.

O ordenamento jurídico brasileiro já prevê o crime de homicídio, tipificado como “matar alguém” sendo que este alguém independe de sexo ou gênero. Enunciadas, em seguida, as formas qualificadoras do delito, dentre as quais figuram as de caráter subjetivo ou pessoal, que se vinculam a motivação e à pessoa do agente, e as de caráter objetivo ou real, que se relacionam a infração em si, o modo como foi executada, o meio utilizado e a violência empregada.

Com efeito, a nova qualificadora não constitui razão imediata da conduta, isto é, o crime pode ter sido cometido em virtude de discussão banal com a vítima (motivo fútil) ou por ciúme excessivo e possessivo (motivo torpe), citando apenas dois exemplos usuais nos Tribunais de Justiça pelo país. Homicídio cometido por qualquer que seja a causa de

discriminação ou menosprezo também é, se não motivo fútil, motivo torpe. Ao interrogar um denunciado pelo delito de feminicídio, não lhe será questionado se o cometeu por razões da condição de sexo feminino, se discriminava a condição de mulher de sua convivente, mas sim as circunstâncias em que a morte ocorreu, o acontecimento, o fato, sendo estes, na maioria das vezes, um motivo fútil ou, quando não, torpe.

A lei 13.104/2015 faz referência ao homicídio praticado contra a mulher em decorrências de construções socioculturais plasmadas no inconsciente coletivo, as quais espelham relações desiguais e assimétricas de valor e poder atribuídas às pessoas segundo o sexo. Ora, se são estas construções socioculturais plasmadas no inconsciente coletivo, não existem meios pelos quais a simples redação de uma lei extinga esses espelhamentos desiguais e assimétricos que encontramos na sociedade. A nova lei trouxe nova circunstância qualificadora para um crime já previsto e nada propôs, efetivamente, acerca de como acabar com a violência doméstica e familiar, ou ainda, como posto, menosprezo ou discriminação a condição de mulher.

A chamada lei do feminicídio incorre em simbolismo, principalmente, por adiar a solução de um problema, melhor dizendo, por apresentar-se como uma resposta ineficaz a um problema que deveria, ou só poderia ser resolvido por outras formas, com políticas públicas e/ou criminais. Na maioria das vezes, a função de leis penais simbólicas é atender determinada opinião pública, atendendo a um clamor social de momento. Observa Alessandro Baratta que vive-se um tempo de tecnocracia, em que os poderes, a fim de se manterem, costumam buscar agradar tal pretensamente pública opinião, ao revés de solucionar, efetivamente, os problemas. Com relação ao simbolismo penal, importante colacionar ainda as palavras de Juarez Cirino dos Santos:

“Assim, o direito penal simbólico não teria função instrumental — ou seja, não existiria para ser efetivo —, mas teria função meramente política, através da criação de imagens ou de símbolos que atuariam na psicologia do povo, produzindo determinados efeitos úteis. O crescente uso simbólico do direito penal teria por objetivo produzir uma dupla legitimação: a) legitimação do poder político, facilmente conversível em votos — o que explica, por exemplo, o açodado apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil; b) legitimação do direito penal, cada vez mais um programa desigual e seletivo de controle social das periferias urbanas e da força de trabalho marginalizada do mercado, com as vantagens da redução ou, mesmo, da exclusão de garantias constitucionais como a liberdade, a igualdade, a presunção de inocência

etc., cuja supressão ameaça converter o Estado democrático de direito em Estado policial. O conceito de integração-prevenção, introduzido pelo direito penal simbólico na moderna teoria da pena, cumpriria o papel complementar de escamotear a relação da criminalidade com as estruturas sociais desiguais das sociedades modernas, instituídas pelo direito e, em última instância, garantidas pelo poder político do Estado”.

É necessário que se busque a motivação do problema, impedir a violência e a discriminação. O Brasil não terá melhor posição no ranking de assassinatos de mulheres por aumentar a rigor com que os assassinos são punidos. Cominar uma pena mais rigorosa, incluir o delito no rol dos crimes hediondos, punir com maior rigor diante de um clamor social ou midiático são símbolos do direito penal e de nada valem realmente no contexto social. Em última análise, considera-se que os símbolos atuam na psicologia do povo, coagindo e produzindo determinados efeitos úteis, nenhum efeito produziria, portanto, ao tentar coagir um indivíduo cuja mentalidade deturpada considera “normal” a violência doméstica e familiar. Uma alteração legislativa não tem o poder de modificar as mentes de seus receptores.

De outra banda, mesmo que a lei seja considerada uma qualificadora legítima ao crime de homicídio e um meio potencialmente eficaz no combate a violência de gênero, outras dubiedades surgem em relação a sua aplicação e interpretação.

A nova lei refere-se, expressamente, ao homicídio cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino. De início, levantam-se incertezas acerca do que seria, exatamente, “condição do sexo feminino”. Tanto o é, que o legislador inseriu o § 2º-A no qual se pretende exaurir dúvidas acerca de tal, o enunciado, entretanto, é pouco explicativo, gerando ainda mais confusão.

Nos termos do mencionado dispositivo, julga-se que há razões da condição de sexo feminino quando houver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação a condição de mulher. A rigor, não será qualquer homicídio praticado contra a mulher que se definirá como “feminicídio”, apenas quando o crime ocorrer em uma das duas hipóteses.

Quanto a primeira delas, a violência doméstica ou familiar, é de mais fácil averiguação. Neste caso, é necessário que haja coabitação e relação familiar entre vítima e assassino e, nessa condição, o fato será considerado como razão da condição de sexo feminino.

A segunda hipótese, no entanto, é a que gera mais dúvida. Será considerado razão da

condição do sexo feminino quando houver menosprezo à condição de mulher. Ora, é possível tecer a leitura reiteradas vezes do enunciado retro e não se chegará à conclusão alguma por si só. A evidenciação das circunstâncias que se definirão como menosprezo ou discriminação à condição de mulher ficará completamente a cargo do aplicador do direito. Caberá ao magistrado a interpretação desses tipos abertos.

O debate acerca das condições em que ensejaria menosprezo ou discriminação a condição de mulher levanta outro quesito, quem sabe, ainda mais essencial: o sujeito passivo do crime de feminicídio será sempre a mulher, a Lei 13.140/2015, bem como a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) faz referência expressa a vítima mulher, mas quem poderá, por assim dizer, ser considerado mulher?

Imperioso ressaltar que, inicialmente, o Projeto de Lei 8.035/2014 trazia em seu texto o enunciado “por razões de gênero feminino”. O texto foi emendado e sancionado com a nova redação, trocando-se gênero pela expressão condição de sexo feminino. À primeira vista, pode-se considerar que a alteração não produziu efeitos significativos, tendo em vista que a expressão “por razões de sexo feminino” vincular-se-ia igualmente as razões de gênero. Entretanto, as terminologias empregadas causam profunda desorientação.

Como já exposto, o delito de feminicídio é modalidade de violência de gênero, portanto, nessa linha, não poderia o legislador referir-se apenas ao sexo enquanto categoria biológica. A questão que se faz acerca da escolha do termo reside, exatamente, na finalidade com que a emenda foi proposta. Ora, se feminicídio refere-se a questão de gênero, haveria uma finalidade oculta de excluir sua aplicação em casos que envolvessem outros de gênero feminino cujo sexo biológico difere deste, com qual pretexto o termo foi substituído do texto do projeto de lei?

Nos casos de aplicação da Lei Maria da Penha, existe jurisprudência e doutrina que se posiciona no sentido de aplicá-la, também, a situações que envolvam transexuais, travestis e, relações homoafetivas. A lei cuida de medidas protetivas, é válida a analogia para proteger inclusive o homem nas relações homoafetivas. Falando da qualificadora do feminicídio, no entanto, não se admite analogia contra o réu e muito se discutirá até se obter um posicionamento sólido das circunstâncias em que o delito caracterizará condição do sexo feminino. Considerando que a expressão foi inserida como qualificadora objetiva do tipo penal, sua interpretação seria taxativa, excluindo, automaticamente, os delitos

praticados contra travestis, transexuais e transgêneros, mesmo que não tenha sido esse o objetivo do legislador. Seria possível apenas a interpretação restritiva, julgando “mulher” como um elemento objetivo do tipo penal, mesmo que não tenha sido essa a finalidade da emenda feita ao projeto.

Ainda sobre as dificuldades de aplicação da lei, há que se considerar que, observando os contornos legais do delito, as hipóteses elencadas como razões de condição do sexo feminino, sendo pouco explicativas, levariam a uma ilegal inversão do ônus da prova. Caberia ao autor do delito provar que não agiu com menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Na prática, todo homicídio praticado contra mulher no âmbito da violência doméstica seria conduzido a interpretação de que houve menosprezo ou discriminação à condição de sexo feminino. Havendo dificuldade em enquadrar a conduta como feminicídio, pelas várias causas já apresentadas, o delito poderia, analisando o caso concreto, ser imputado como homicídio qualificado por motivo torpe.

Nas palavras de Hereche e Figueiredo:

“Considerando que o delito de feminicídio, para existir, demandará a concretização de elemento de difícil análise, qual seja, “razões de condição do sexo feminino”, com a necessidade de verificação da existência de violência doméstica ou de menosprezo ao sexo feminino, é possível supor que a definição de que houve menosprezo ou discriminação à condição de mulher tornar-se-á pressuposta sempre que houver um homicídio praticado no âmbito doméstico, por um homem contra uma mulher. Haverá, por assim dizer, na prática, uma inversão do ônus da prova, de sorte que ao acusado incumbirá demonstrar que não agiu com desprezo à condição de mulher. Na prática, todo crime praticado contra a mulher, no âmbito da violência doméstica, será considerada, *a priori*, como tendo por fundamentação o menosprezo à condição feminina. Ter-se-á, assim, ou a necessidade de o acusado produzir prova diabólica, ou seja, de que ele produza prova de que não fez algo ou de que algo não ocorreu, a violar a presunção de inocência. Possivelmente, essa não deveria ser a intenção originária do legislador, mas esse nefasto efeito se revelará, inevitavelmente”.

Imperioso destacar quem será punido pela incidência da nova lei. Enfatiza-se que o poder punitivo sempre escolhe a quem punir. A Lei 13.140/2015, como discorrido, pode violar o princípio de presunção de inocência, é aberta, com margens interpretativas e, em casos específicos, facilitará a superlotação carcerária com aqueles indivíduos cujo poder

punitivo normalmente escolhe para serem criminalizados, ou seja, os que detêm um poder aquisitivo menor e, conseqüentemente, a defesa é cerceada.

Na justificativa apresentada quando da proposta de projeto de lei no âmbito da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência Contra a Mulher, em 2012, considerou-se que era importante tipificar o feminicídio a fim de reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade. Haveria ainda uma importância social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passionai”. Em seus termos:

“Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas”.

Em que pese as justificativas apresentadas, a majorante não garantirá a proteção aos direitos das mulheres, visto que apenas é acionada no elo final, quando o maior bem jurídico a ser protegido, a vida, já foi violado.

Destarte, nota-se que a lei do feminicídio, possuindo vícios e falácias em várias perspectivas, não será efetiva em seu propósito, e ainda impulsionará um aumento da população carcerária brasileira. A lei não surgiu para solucionar problemas, não trouxe nenhuma medida efetiva de contenção da violência doméstica, familiar ou da violência de gênero. É uma lei simbólica e ineficaz.

CONCLUSÃO

Os discursos de alguns setores da esquerda, que por seus ideais tenderiam a se aproximar do abolicionismo penal e da intervenção mínima, na busca por justiça e igualdade, acabaram por se assemelhar a ânsia de criminalizações e punição que ora combatem. Os movimentos feministas são exemplos dessa demanda. A chamada Lei do Feminicídio vista como avanço na luta contra a violência doméstica e violência de gênero por diversos segmentos da sociedade, atendendo a um clamor social, acabou por fomentar o discurso de punição severa, tratando-se de manifestação de direito simbólico, ineficaz e

excludente.

As alterações legislativas, apenas por si, não tem o poder de modificar mentalidades, alterando também, como que automaticamente, as mentes de seus receptores. O combate a violência contra as mulheres exige mais. É necessário o desenvolvimento de políticas públicas e/ou criminais, estudos a fim de impedir a violência, medidas protetivas como as previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), para que o Brasil saia do ranking de países com maior número de assassinatos de mulheres sem bater recordes em outro ranking, o de maior população carcerária.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. ONU afirma que Lei do Femicídio é avanço político, legislativo e social. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/onu-afirma-que-lei-do-feminicidio-e-avanco-politico-legislativo-e-social/>>. Acesso em: 10 jun 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 105-117

_____. Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 48. mai/jun, 2004, pp. 260-290

BRASIL. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência: relatório final. Brasília, junho 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. In: Revista do IBCCrim, ano 2, 1994, p. 22.

GOMES, Camila de Magalhães. **Lei Maria da Penha, Feminismo e Sistema de Justiça Criminal** - uma abordagem teórica a partir das criminologias feministas. Fazendo gênero 10: Desafios atuais dos feminismos. 16 a 20 setembro de 2013.

KARAN, Maria Lucia. **A esquerda punitiva**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/>>. Acesso: 08 jun de 2015;

OLSEN, Frances. **El sexo del Derecho**. In RUIZ, Alicia E.C. (compiladora). *Identidad .Feminina y Discurso jurídico*. 1ªed. Biblos: Buenos Aires, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Política Criminal**: Realidades e Ilusões do Discurso Pena. In: *Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade*. ano 7, n. 12, 2º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 56.

STRECK, Lênio Luiz. **Criminologia e feminismo**. In Carmen Hein de Campos (org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulinas, 1999, p. 91/92.

SILVA, Lillian Ponchio e. Sistema Penal: campo eficaz para a proteção das mulheres? In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **Sistema Penal e Gênero**: tópicos para emancipação feminina. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. p. 11-24.

WASELFISZ, Julio Jacob. Homicídios e Juventude no Brasil: Mapa da Violência 2014. Disponível em:
<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf>.
Acesso em: 10 jun 2015.

ZAFFARONI, R. E. **A questão criminal**, Editora Revan. 2013.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: ANÁLISE CRÍTICA DE PONTOS AINDA TORNADOS DA LEI MARIA DA PENHA

*Glauco Roberto Marques MOREIRA⁹
Claudinei ALVES*

RESUMO

O presente trabalho expõe reflexões no campo do Direito da violência doméstica contra a mulher sem explorar os aspectos do Direito Penal (crime e pena), mas identificando a evolução dos direitos fundamentais da mulher, sua evolução e sua proteção constitucional, não somente no âmbito interno mas também no campo do direito internacional. Procurou-se analisar o instituto das medidas protetivas e os recursos que possibilitam a solução ou a otimização para minimizar os conflitos, tendo-se como sustentáculo a Lei 11.340/2006 e algumas propostas de inovações legislativas ainda em andamento, que visam a proteção e ampliação dos direitos das mulheres. Como ponto principal, pretendeu identificar pontos ainda obscuros da Lei Maria da Penha. O ordenamento jurídico possui algumas regras peculiares que permitem ao ente violado ser protegido pelo ente estatal, porém, ainda não de forma plena. Pontificou-se que a aplicação das regras deve se dar numa relação de afetividade, sob a ótica intrafamiliar de coabitação, do enlace amoroso, como também no que tange aos aparentados. Temas como alimentos provisórios, provisionais ou compensatórios, direitos trabalhistas, possibilidade da prisão do inadimplente dos alimentos provisionais ou provisórios, direito de visita aos filhos, guarda compartilhada, são abordados de forma crítica, mostrando-se o lado deficitário da legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas. Gênero. Direitos Fundamentais da Mulher.

ABSTRACT

This paper presents reflections in the law field of domestic violence against women without exploring aspects of criminal law (crime and punishment), but identifying the evolution of the fundamental rights of women, its evolution and its constitutional protection, not only domestically but also in the international law. It tried to analyze the institute of protective measures and resources that enable the solution or optimization to minimize conflicts, having as a support the Law 11.340 / 2006 and some proposals for legislative innovations still in progress, which aims the protection and expansion women's rights. As the main point, it intended to identify unclear points of the Maria da Penha Law. The legal system has some peculiar rules that allow the violated part to be protected by the state entity, however, not yet completely. It pointed that the application of the rules should take place in

⁹ Estudante de Pós-graduação - Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

an affective relationship, from the perspective of intrafamily cohabitation, the loving bond, but also with respect to the related people (family). Topics such as temporary alimony, provisional or compensatory, labor rights, the possibility of arresting the debtor of provisional or temporary alimony, visiting rights to the children, shared custody, are approached critically, showing up the deficit side of the law.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Protective measures. Gender. Fundamental Rights of Women.

INTRODUÇÃO

Ao longo desses anos a visibilidade da violência doméstica e familiar ultrapassou o espaço privado e adquiriu dimensões públicas e o Direito não pode se afastar da necessidade de proteção das mulheres no âmbito doméstico, especialmente por se integrarem um grupo das chamadas minorias.

Relatório da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar – PNAD do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres aconteceram nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas.

A Fundação Perseu Abramo, em pesquisas realizadas em 2001, por meio do Núcleo de Opinião Pública, investigou mulheres sobre diversos temas envolvendo suas condições, gerando a projeção duma taxa de espancamento de 11%, para um universo investigado de 61,5 milhões, que, indica que pelo menos 6,8 milhões dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez.

Considerando-se que entre as que admitiram terem sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período de 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país nesse ano, pois não se sabe se estariam aumentando ou diminuindo, ou seja, 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto, uma a cada 15 segundos.

Apesar da grande problemática envolvendo a violência doméstica e familiar, o tabulamento dos registros a ela relacionados caminham de forma vagarosa inexistindo levantamentos e ou estatísticas a nível nacional relacionadas ao tema, apesar da previsão legal e das freqüentes campanhas e recomendações.

Culturalmente, faz-se necessário o incremento de mecanismos a tornar mais

conhecido e explorado o tema violência doméstica, valorizando-se os direitos humanos e estabelecendo um paralelo entre os fatos constatados e as responsabilidades advindas, gerando num eventual ofensor da certeza da aplicação das sanções que gravitam sobre a norma editada, afastando-lhe o desejo de infringi-la ou contrapô-la.

Mister se faz a implementação das medidas integradas de prevenção e atendimento que envolvam de forma articulada a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em ações, buscando a integração do macro sistema de segurança, com entidades de assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, visando a assistência a mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Os objetivos do trabalho foram aspergir entendimentos e balizamentos cíveis a uma lei tida como criminal, que na realidade não traz figuras delitivas em seu bojo, posicionando-se as diversas providências que podem e devem ser adotadas após a prática de um ato lesivo, observando princípios e regras legais e constitucionais sobre a proteção aos direitos violados.

Reunidos em capítulos, o estudo utilizou o método de pesquisa dedutivo-teórico, tendo como base a doutrina e legislação, bem como tratados e acordos internacionais. Já que atualmente é a principal fonte do Direito e legislação e doutrina, sobre elas se edificou este trabalho a fim se discutir o problema.

No introito do estudo buscou-se pontificar a evolução dos direitos e garantias fundamentais relacionados às mulheres, com as inserções ainda tímidas nas cartas constitucionais, ora reforçadas pelos editos constantes do ordenamento de 1988. No capítulo seguinte, mirou-se a origem da Lei Maria da Penha e os reflexos do caso no plano internacional. Em seguida o objetivo foi pontificar e esmiuçar as denominadas medidas protetivas de urgência, figura inculpada pelo legislador, que encontra eco em outros ordenamentos, finalizando com o endereçamento à alguns pontos ainda tismados do diploma legal, que os doutrinadores e tribunais tentam solucioná-los.

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

A dignidade da pessoa humana não pode ser alvo fácil dos seus detratores. A consciência jurídica reclama a proteção não só dos bens materiais como também do patrimônio moral que integra o ser humano, no entanto, no fluir dos anos a violência vem

atingindo de forma impiedosa esse acervo, atassalhando a vida principalmente de milhares de mulheres em todo o mundo.

Empiricamente ocorreram transformações ao longo da história no campo dos direitos fundamentais das mulheres no nosso país. Na época do Brasil colônia, os regramentos provinham da metrópole, essa afastada dos pequenos centros e com realidades totalmente divorciadas dos entes vinculados. Essa dicotomia entre colônia e metrópole maculou significativamente o desenvolvimento de todo o Direito Brasileiro, e, via de consequência, o conhecimento e a aplicação de qualquer direito relativo às mulheres.

Após a proclamação da independência, Dom Pedro I, tornou-se imperador do Brasil, que deixou de ser colônia portuguesa e, conforme estampa Irede Cardoso, pontificou-se condições e critérios para a implementação da primeira Assembleia Nacional Constituinte, em especial, limitou-se o direito ao voto a uma gama de administrados, afastando-se assim os menos favorecidos, negros e mulheres:

Dom Pedro I, em 1823, estabeleceu os critérios para a convocação da primeira Assembleia Nacional Constituinte do País. E tais critérios revelam as origens de nossa cultura elitista, que exclui a imensa maioria, até os dias de hoje, da possibilidade de decidir sobre o planejamento de nossa sociedade. Na época, quem tivesse rendimentos anuais superiores a 100 mil réis poderia ser eleitor. No entanto, para ser votado, o cidadão teria que demonstrar renda superior a 200 mil réis anuais. Mulheres, negros, todos os despossuídos ficaram, então, à margem do processo (CARDOSO,1986, p.77).

85

Com a convocação da Constituinte, aflorou uma contradita imperial, na qual Dom Pedro I percebeu seu poder questionado e enfraquecido, pois, tentavam lhe impor limites de atuação. Desta forma, fazendo valer em plenitude seu poder de império, fechou a Assembleia e criou o Conselho de Estado para que elaborassem o texto da nova Constituição. Com seu “Poder Moderador”, buscava assegurar condições especiais de mando, prerrogativas desfeitas pelo Marechal Deodoro da Fonseca em 1891, ao proclamar a República.

Entrementes, convocou-se nova Assembleia Nacional Constituinte para se discutir os rumos do Brasil, no entanto, os deputados eleitos representavam apenas os interesses dos fazendeiros, daqueles oriundos da nascente burguesia industrial e financeira e dos oficiais militares; relegando e discriminando como carentes de direitos novamente os negros, os

analfabetos, e desta vez incluindo os praças, os religiosos e como sempre, as mulheres.

Nessa época, a infidelidade, o abandono e a paixão, eram justificativas dadas pelos homens para as brutalidades praticadas contra as mulheres, e, quando instados, asseveravam que se tratava de crise familiar e os assassinatos de mulheres eram legitimados quando se davam sob o pretexto de adultério.

Tais comportamentos visavam única e exclusivamente à manutenção da honra do homem na sociedade, conforme pontifica Andrea Borelli (2005, p.34):

A violência era tida como elemento estrutural, necessária à organização social de gênero e fazia com que o homem garantisse sua posição privilegiada na sociedade. O extremo da violência marcada pelo assassinato era justificado pela paixão que cegava o homem de bem e fazendo crer que a honra era uma paixão social e que mantinha a coesão da vida em sociedade.

Uma das batalhas mais aguerridas travadas pelas mulheres foi a luta pelo direito ao voto direto ocorrida em 24 de fevereiro de 1932, quando se permitiu às mulheres casadas, viúvas e solteiras desde que tivessem renda própria esse direito, comportamento readequado em 1934, vez que eram consideradas como incapazes intelectualmente para exercerem direitos, devendo ser representadas:

A efervescência dos ideais democráticos no século XIX fez a batalha pelo direito ao voto o impulso fundamentais dos movimentos das mulheres. Equiparadas aos doentes e deficientes mentais e às crianças, as mulheres eram consideradas intelectualmente incapazes de exercer direitos políticos (ZIMMERMANN, 2006, p.68).

Na evolução histórica, com a instalação do Estado Novo e a edição da Constituição de 1937, suprimiu-se a igualdade jurídica de ambos os sexos, que somente foi reconquistada 14 anos depois, em 1946, com a obrigatoriedade do voto das mulheres. Nesta época, a positivação de direitos humanos das mulheres junto à estrutura legislativa da Organização das Nações Unidas - ONU e da Organização dos Estados Americanos - OEA gerou a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que paulatinamente alterou o sistema patriarcal.

No campo constitucional, a isonomia jurídica firmada como norma constitucional vem insculpida na Constituição de 1967, que fixou o preceito de igualdade para todos

perante a lei sem distinção de sexo, pois foi laborada após a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Restavam ainda diversos direitos a serem alcançados, como a capacidade para diversos atos da vida civil, então tolhidos pela incapacidade jurídica relativa que seguia como acessório do casamento legal estampado pelo Código Civil de 1916.

A esse respeito Karina Melissa Cabral escreveu (2008, p.40):

O Código Civil de 1916 foi muito aguardado, porém para as mulheres em quase nada revolucionou, pois acabou confirmando a tendência conversadora do Estado e da Igreja, e consagrou a superioridade do homem, dando o comando único da família ao marido, e, delegando a mulher casada à incapacidade jurídica relativa, equiparada aos índios, aos pródigos e aos menores de idade.(...) Devido ao Código Civil o marido se constituiu o chefe da sociedade conjugal e o administrador exclusivo dos bens do casal, tendo somente ele o direito de fixar o domicílio da família, do qual se a mulher dele se afastasse por qualquer motivo poderia ser acusada de abandono de lar, com perda do direito à alimentos e à guarda dos filhos.

As discriminações geraram controvérsias, discussões, encontros, escambos de ideias e ensinamentos. Reunidas então, em meados de 1985 as mulheres agora melhor organizadas, criaram o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, com propósitos claros da inserção das mulheres como protagonistas nas diversas esferas de decisão do poder constituído.

87

OS DIREITOS DAS MULHERES E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Um dos insumos edificadores dos direitos das mulheres notadamente foram as lutas travadas por feministas brasileiras irredutíveis com a escalada crescente dos registros de violências domésticas perpetradas no seio familiar contra as mulheres. Invariavelmente as mulheres se viam obrigadas a mitigar suas reclamações ou pretensões, mantendo-se inertes quanto às ofensas morais, físicas e psicológicas a que eram submetidas pelo seu algoz, permanecendo, por vezes, sob o mesmo teto e dormindo com seu ofensor (a). As mulheres se insurgiram contra essa ordem de ideias, buscando a todo custo resgatar a dignidade e a cidadania da mulher vítima de violência no seio familiar.

Apesar das mulheres terem conseguido a cidadania em 1932, suas capacidades civis somente foram implementadas em 1962, após a edição da Lei 4.121/61, que dispôs sobre a

situação jurídica da mulher casada, denominado popularmente como Estatuto da Mulher Casada, que revogou algumas situações díspares encontradas no Código Civil de 1916.

No plano constitucional, a ordem dos dispositivos no texto da Constituições anteriores faziam referência primeiramente aos direitos relativos aos Estados e, numa sequência, aos direitos e garantias fundamentais. A Constituição de 1988 inverteu suas antecessoras e trouxe como cláusulas iniciais e pétreas os direitos e garantias fundamentais, colocando-a entre os ordenamentos mais avançados do mundo.

A *Magna Lex* de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988, rompeu com o regime de exceção que até então vigia desde 1964 e foi erigida sob o berço dum Estado Democrático de Direitos. Com ênfase no efetivo exercício dos direitos humanos, trata-se do documento que mais se preocupou com a efetivação dos direitos fundamentais do homem, expandindo sobremaneira a área dos direitos e garantias fundamentais, sendo considerada como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil.

Como consequência, a atual Constituição Federal, nitidamente cidadã, protetiva e garantista, colacionou os diversos direitos e garantias aos cidadãos, traduzindo-se num verdadeiro cardápio de direitos em um Estado Democrático de Direitos (arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, I e 7º, XXX da CF/88).

De maneira equânime, a Constituição reconheceu as diversas mobilizações feministas contra as discriminações, extraindo o antigo conceito da hierarquia familiar, então atribuída ao cônjuge varão, colocando-os em situação de igualdade fulcrada não na hierarquia e no patrimônio, mas sim no afeto, cabendo a todos os entes familiares a obrigação mútua de amparo.

O legislador constitucional equiparou o homem e a mulher em direitos e obrigações, estabelecendo como paradigma a dignidade da pessoa humana, não somente referendada nos editos em apreço, como também no artigo 226, § 5º e § 7º, pilares de todas as relações familiares:

Art 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal,

competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Neste tema, assim cataloga o legislador no art. 1511 do atual Código Civil, “Art 1511 O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Sobre este tema José Afonso da Silva (2013, p. 219) ponderou:

Não é igualdade perante a lei, mais igualdade de direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres do outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional”.

“Aqui a igualdade não é apenas no confronto marido e mulher. Não se trata apenas da igualdade no lar e na família. Abrange também essa situação, que, no entanto, recebeu formulação específica no art. 226, § 5º ‘Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher’. Vale dizer: nenhum pode mais ser considerado cabeça do casal, ficando revogados todos os dispositivos da legislação ordinária que outorgava primazia ao homem.

89

Ditos dispositivos estabelecem direitos e deveres referentes à sociedade conjugal em todas as suas formas, i.é, casamento, união estável e/ou concubinato, com elastério noutros convívios conhecidos, como sói a família monoparental, família homoafetiva, namoro e outros vínculos familiares.

No que tange às garantias dos direitos humanos relativos à violência no seio familiar, a Constituição Federal, em seu art. 226, § 8º, impõe ao Estado assegurar a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência, no âmbito de suas relações.

Nota-se que de maneira congruente o legislador constitucional estabeleceu direitos e deveres à sociedade conjugal, delimitando regras, entendimentos e conceitos, tendo como objetivo a garantia dos direitos humanos e a proteção de família.

A LEI MARIA DA PENHA: O CASO EMBLEMÁTICO E ALGUNS REFLEXOS CONSEQUÊNCIAS NO PLANO INTERNACIONAL

Apesar do Brasil ser signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir,

punir e erradicar a Violência contra a mulher, bem como trazer no art. 3º, IV e no art. 4º, parágrafo único da Constituição de 1988 os objetivos previamente ajustados visando à proteção social e a integração dos povos, somente no ano de 2006 os legisladores se movimentaram para capitular, catalogar e regulamentar a matéria.

O caso emblemático que deu origem à nomenclatura “*Maria da Penha*”, ocorreu em 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza-CE, onde a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por um tiro de espingarda desferido pelo então marido, o professor universitário e economista M.A.H.V., que após os fatos, estranhamente foi encontrado na cozinha da morada pedindo por socorro, alegando ter sido vítima de assalto. Em razão do disparo, a vítima ficou paraplégica, porém, como se não bastasse, dias após lesionar com gravidade sua enamorada, o agressor tentou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica quando tomava banho.

O fato foi depurado pelo Delegado de Polícia em 1983, gerando denúncia por parte do Ministério Público em 28 de setembro de 1984, com pronúncia em 31 de outubro de 1991, donde M.A.H.V., foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de reclusão, recorrendo em liberdade, onde, por circunstâncias não desveladas, foi o julgado anulado no ano subsequente. Levado a novo julgamento em 1996, foi-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses, porém, de forma recidiva, pôde recorrer em liberdade e somente depois de 19(dezenove anos) e 06(seis) meses após ocorridos tais fatos, mais precisamente no ano de 2002, é que o condenado foi preso.

Em 1998, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a defesa dos Direitos da Mulher, ao lado de Maria da Penha, enviaram o caso à Comissão Internacional de Direitos Humanos (OEA), pela demora qualificada em não se dar uma decisão definitiva no processo.

Em meados de abril de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (CIDH), órgão responsável pelo recebimento de denúncias de violação aos direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica e na Convenção de Belém do Pará, atendendo denúncia do Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), responsabilizou o Estado Brasileiro por negligência e omissão em relação à violência perpetrada, concluindo que este não cumprira o previsto no artigo 7º da Convenção de Belém do Pará e nos artigos 1º, 8º e

25 do Pacto de São José da Costa Rica pelo fato de que haviam se passado mais de 19(dezenove) anos sem que o autor do crime testilhado fosse levado a julgamento.

Da reunião foi erigido o informe nº 54/2001, determinando ao Estado Brasileiro o incremento do processo de reforma buscando evitar o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra a mulher, em especial, recomendou “proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas legislativas e judiciárias correspondentes”, “simplificar os procedimentos judiciais a fim que se possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e as garantias do devido processo” e o “estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como a sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera”, sob pena da inserção em pauta de julgamento do órgão colegiado internacional a luz do Artigo 51(1) da Convenção Americana, que, compila diversas sanções previamente ajustadas, em especial, indenizações.

91

DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E SUAS INOVAÇÕES

Diante da ocorrência de caso prático de violência doméstica, cabe ao juiz natural, nas comarcas com juízo único, ao juiz criminal para qual o processo for distribuído, nas comarcas com mais de um juízo ou ao juiz titular do juizado de violência doméstica, nas comarcas em que forem instalados juizados com competência específica, que poderá ser criado pelos Estados brasileiros, conforme estampa o art. 14 dessa lei.

Exceções existem, como as competências definidas pela Constituição Federal como de competência do júri, da Justiça Federal, ou da Justiça Militar. Notadamente, na primeira, pela especialidade, a competência continua sendo do Tribunal do Júri, com todas as suas regras específicas.

Recebidos os peditórios contendo as medidas protetivas, devem os magistrados observar as circunstâncias à luz do art.22 desse diploma legal, verificando a presença da “fumaça” do bom direito e do perigo da demora na prestação jurisdicional, sendo salutar consignar, que o sujeito ativo da violência doméstica e familiar contra a mulher não encontra óbices quanto à faixa etária, vez que, diz respeito à conduta que pode ser praticada

por qualquer pessoa, independente de sua idade, podendo, excepcionalmente e isoladamente, serem aplicadas a adolescentes, guardados os liames do art.19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

AS DENOMINADAS MEDIDAS PROTETIVAS

Conforme excerto, às mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar é garantido procedimento diferenciado para a obtenção célere do provimento jurisdicional, concedendo-lhes tutela inibitória, que visa prevenir e estancar eventual prática delitiva, que busca a reintegração do direito violado ao antigo estado de licitude.

As medidas protetivas de urgência tem conteúdo satisfativo e são concedidas em procedimento simplificado e tem como características a obtenção de medida liminar, a fungibilidade, a satisfação após a produção da prova ou a concessão da medida pleiteada, vez que não se trata de uma providência cautelar, porém, pelo princípio da indisponibilidade, exigível a figura de processo de cognição.

Essas características têm origem nas medidas provisionais reguladas pelo Artigo 888 do CPC, que são demandadas através de procedimento cautelar direcionado ao Judiciário, tanto que o próprio legislador tipificou algumas facetas desse modelo, como: a) a possibilidade da obtenção da medida liminar à luz do art. 889 do CPC; b) a concessão duma tutela de emergência sem o oferecimento de caução, conforme preconiza o art.889 do CPC; c) a fungibilidade ou a mitigação pelo princípio da congruência, podendo o magistrado conceder medida diversa da requerida, conforme art. 805 do CPC; d) a obtenção de medidas provisionais *ex officio*, com base no art. 888 do CPC; e) a obtenção da tutela provisional não exige o ajuizamento duma ação principal e, f) a decisão judicial que reconhece o direito à tutela provisional tem aptidão para ficar indiscutível pela coisa julgada material.

Notadamente, anteviu o ordenamento algumas medidas protetivas de forma exemplificativas, pois podem receber os necessários ajustes e elásticos, direcionando-as ao agressor, a mulher vitimada com extensão a seus rebentos e aparentados, ou mesmo aos seus bens comuns havidos do enlace ou não, todos, porém, com caráter provisionais, podendo ser mantidas ou não no findar do procedimento.

Maria Berenice Dias (2007, p.78), anota que são previstas medidas inéditas, que são

positivas e mereceriam, inclusive, extensão ao processo penal comum, cuja vítima não fosse somente a mulher.

O artigo 12 da lei preconiza que o pedimento contendo as medidas pleiteadas pode ser feito junto ao Delegado de Polícia que remete-lo-á ao Poder Judiciário em tempo regulado ou mesmo cabendo à interessada sua postulação diretamente, desprovida inclusive de advogada ou defensor público, sanável, porém, após o recebimento da demanda.

ALGUMAS ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES ESTAMPADAS NO ORDENAMENTO

Como explanado, as medidas protetivas foram separadas entre os envolvidos na requisição, cabendo ao autor da agressão as contidas no artigo 22 da Lei 11.340/06.

No seio da ruptura da vida conjugal, podem os cônjuges ou companheiros dispensar reciprocamente a prestação de pensão alimentícia. Todavia, no caso de um deles se manter na administração de bens, objeto de meação, o outro poderá pleitear os alimentos compensatórios.

Tal ocorre, por exemplo, quando o (a) companheiro (a), permanece na direção de uma empresa onde sua convivente é meeira. Além do *pró-labore*, com parte do qual o varão paga a pensão alimentícia, ele auferir renda com dividendos gerados pelo negócio. É exatamente dessa receita que advém o direito ao pleito de alimentos compensatórios.

No cotejo dos editos alinhavados o legislador pontificou de forma implícita nos art. 22 § 1º a possibilidade da aplicação de maneira subsidiária da figura quase esquecida dos alimentos de matriz compensatória prevista no parágrafo único do art. 4º da Lei 5478/1968, que não traz consigo o viés de garantir a sobrevivência do seu credor, mas, isto sim, repará-lo pelas perdas consequentes da demora na efetivação da Partilha dos Bens que se encontram na posse e administração do outro cônjuge ou companheiro.

Assim pontifica o legislador:

Art. 22 Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao

Não se deve confundir a finalidade dos alimentos provisionais ou provisórios, devidamente definidos no art. 22, V, e no art. 4º da lei 5478/68, com os objetivos mirados pelos alimentos compensatórios.

No primeiro caso temos um instituto visando prover a digna sobrevivência daqueles que fazem jus e necessitam de pensão alimentícia, na forma entendida pelo estabelecido no artigo 1.694 do Código Civil Brasileiro.

Enquanto isso, os Alimentos Compensatórios objetivam evitar o enriquecimento ilícito e sem causa daquele (a) que permanece na administração dos bens comuns, usufruindo de suas rendas, enquanto não se materializa a partilha de bens ao pontificar no § único do art. 4º da Lei 5478/68.

Parágrafo único- Se se tratar de Alimentos Provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da Comunhão Universal de Bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente parte da renda líquida dos bens comuns, administradas pelo devedor.

Entrementes, quando o dispositivo legal retro estampa o verbete “igualmente”, ele busca conferir algo mais do que simplesmente os alimentos provisórios ou provisionais, comportamento perfeitamente factível à luz das regras estampadas na Lei Maria da Penha, que, como se viu, alargou conceitos e abraçou a união estável regulada pelo art. 1725 do CC, e, não poderia ser diferente, pois a presunção do esforço comum para a aquisição do patrimônio amealhado a título oneroso, no curso duma relação estável, tem sua vigência estendida deste à promulgação da Constituição de 1988, quando tal modelo de relacionamento pessoal galgou à condição de entidade familiar.

PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA A PROTEÇÃO DA MULHER

Atualmente existem 89(oitenta e nove) proposições na Câmara dos Deputados relativas à Lei Maria da Penha, alterando conceitos, em especial ao gênero catalogado pelo ordenamento; estabelecendo contedores aos sujeitos ativos dos delitos; proibição da frequência em cursos e/ou concursos públicos; inclusão de nova roupagem jurídica catalogando o abuso de poder; implementação de sistemas e dispositivos denominados

“botão do pânico” à disposição das mulheres vítimas de violência ou o monitoramento do agressor, possivelmente através da implementação de tornozeleira eletrônica; inclusão da proteção da mulher na rede mundial de computadores, etc.

Dentre esses, o Projeto de Lei número 6433/13, de lavra do deputado Bernardo Santana de Vasconcelos (PR-MG), que permite a adoção imediata pela polícia das medidas protetivas de urgência para proteção da mulher vítima de violência doméstica se encontra em processo avançado de decantação.

Entre as medidas reguladas pelo ordenamento estão a proibição do agressor de ter contatos com a vítima, familiares e testemunhas e o encaminhamento da ofendida a programas de proteção.

Pelo projeto o Delegado de Polícia poderá adotar as medidas protetivas de urgência, solicitar serviços de saúde, educação e assistência social e o auxílio de qualquer entidade pública ou privada de proteção à mulher e aos dependentes, ter acesso a processos de violência doméstica, mesmo fora do expediente, para consultar informações sobre a existência ou não de medidas protetivas.

A decisão cautelar adotada pelo Delegado de Polícia no trato da ocorrência policial pode, ou não, ser mantida pelo magistrado, ouvidos o representante do Ministério Público e/ou a Defensoria Pública.

Outro projeto, identificado inicialmente sob a rubrica PLS-292/2013, fazia a inclusão do feminicídio no Código Penal como circunstância qualificadora do crime de homicídio. O projeto foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado transformando-se na Lei nº 13.104 de 09 de Março de 2015. De acordo com o acervo compilado, o feminicídio passa a ser uma das formas de homicídio qualificado, então definido como o praticado contra a mulher por razões de gênero, quando houver violência doméstica ou familiar, violência sexual, mutilação da vítima ou emprego de tortura, com pena definida de 12 a 30 anos de reclusão.

O projeto foi aprovado pelo Plenário do Senado em dezembro de 2014 e seguirá para votação na Câmara dos Deputados.

DOS PONTOS AINDA TISNADOS DA LEI MARIA DA PENHA

Após a digressão sobre o tema trazido à baila, nota-se com grande propriedade que

os avanços gerados pela lei são muito significativos e trazem em seu bojo novas roupagens jurídicas que podem ser empregadas noutros ordenamentos, independente da condição sexual, porém, infelizmente, alguns editos ainda carecem de plena aplicação quanto à realidade fática e outros se mostram antinômicos, quiçá, serão aplicados plenamente.

CRÍTICAS ÀS REGRAS DE IMPLEMENTAÇÃO DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS E OU PROVISIONAIS

Na esteira das medidas protetivas de urgência estampadas pelo legislador e outras que foram agregadas, pois o rol é apenas exemplificativo, aquela que mais resigna a mulher vítima de violência é a dos alimentos provisionais ou provisórios.

Diariamente, veem-se mulheres vítimas de violência em busca do deferimento judicial de medidas protetivas previamente ajustadas, dentre essas, a implementação do pagamento de valores pelo acusado(a) a título de alimentos provisionais, os quais, deferidos, conceder-lhes-ia um mínimo de condições para sua manutenção e da eventual prole, no entanto, mesmo com a concessão de algumas medidas, em especial, o afastamento do lar e os alimentos, a mulher vítima de violência, por vezes, mesmo ofendida e esgotada por sequenciais anos de sofrimento, acaba cedendo e reatando o enlace, submetendo-se ao crivo de seu algoz, que, de forma imperiosa, dilarga por certo tempo a seu jaez o renascendo quando se sente seguro.

96

DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Um dos temas carentes de afirmação é a garantia à manutenção do vínculo trabalhista da mulher vítima de violência doméstica que buscando a manutenção de sua segurança física e psíquica necessita se afastar do labor, da vida conjugal e familiar e até da cidade onde reside.

Existem modalidades de vínculos empregatícios diversos, como diversos são seus meios, no entanto, os doutrinadores, de forma objetiva sustentam duas oportunidades de garantias, uma relativa ao setor público, ao menos em tese de fácil solução através do remanejamento da funcionária concursada, mesmo que na esfera municipal, para outro setor, atividade ou mesmo cidade, no entanto, o remanescente, *i.e.*, relativo à iniciativa privada não está completamente delineado ou definido.

Questiúnculas existem, em especial: O afastamento da mulher vítima de violência dos seus afazeres consistiria ou não numa suspensão ou interrupção do vínculo trabalhista? A suspensão não geraria a ausência de valores pagos pelo empregador que se viu obrigado a contratar outra pessoa para a execução dos misteres da vitimada então afastada? Quem deveria pagar os salários da mulher vítima de violência? O empregador, que eventualmente recuse o pagamento nos casos julgados deverá ou não responder pelo delito de desobediência, ou tal comportamento cabe ao causador (a) do sofrimento vivenciado pela mulher vitimada?

Maria Berenice Dias (2007, p.97) pontifica que a melhor explicação é dada por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que direciona eventuais pagamentos ao poder público através do sistema previdenciário, como ocorre na licença gestante e na ausência de emprego por acidente de trabalho.

Nesta esteira o brilhantismo dos componentes duma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, com a finalidade de apurar eventuais omissões do poder público quanto à violência contra a mulher no Brasil, editou o Projeto de Lei nº 6011/2013, que em breve resenha, propõe a instituição de 01(um) salário-mínimo de benefício mensal à mulher vítima ou em situação de violência doméstica e familiar que não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, enquanto durar a violência, apontando como fonte de renda os recursos da União, decorrente das contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal, além daqueles que compõem o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), subjetivamente um auxílio reclusão com nova roupagem, o qual, certamente, albergará o pertinente agressor.

97

DA POSSIBILIDADE DA PRISÃO DO INADIMPLENTE DOS ALIMENTOS PROVISIONAIS, PROVISÓRIOS E OU COMPENSATÓRIOS ESTIPULADOS PELO MAGISTRADO

Questão interessante é se afirmar se a inadimplência dos alimentos provisionais e os compensatórios estipulados pelo juiz tem ou não o condão de ensejar a custódia cautelar ou mesmo condenatória do agressor inadimplente.

No que tange aos alimentos provisionais as regras impostas são claras e estão previstas no art. 733 do CPC, que trata da prisão civil, donde a inexecução de uma sentença

ou decisão que fixam esses alimentos enseja a medida constritiva ao inadimplente e encontram eco no art. 313, IV do CPP, art. 24, IV da lei 11.340/2006 e art. 5º, LXVII da Constituição de 1988, vez que, existem valores muito maiores em conflito do que o regulado, desde que siga o princípio da proporcionalidade.

No que se refere aos alimentos compensatórios previstos no parágrafo único do art. 4º da Lei 5478/68, a medida também deve ser aplicada, pois, trata-se duma decisão judicial que necessita ser atendida pelo acusado, sob pena da custódia cautelar ou sua condenação pelos delitos de desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito ou mesmo abandono material, no entanto, já existem decisões judiciais apontando que o descumprimento de ordens judiciais não tem o condão de ensejar ao inadimplente punição criminal, diante da existência de medidas específicas no ordenamento, como sói a solicitação de força policial ou mesmo a aplicação de multa, gravitando sobre o tema o princípio da intervenção mínima que vige na seara criminal.

DO DIREITO DE VISITA AOS FILHOS

A lei também produziu algumas antinomias, em especial quanto ao direito de convivência do infante com seus pais, ora afastado pela concessão das denominadas medidas protetivas de urgência.

O Código Civil no art. 1589, é claro ao pontificar que o genitor não detém a guarda dos filhos, tem o direito de visitá-los e tê-los em sua companhia, senão na forma acordada mutuamente como outro, daquela estipulada pelo magistrado.

Notadamente, o dispositivo faculta a pessoa que não detém a guarda o exercício do direito de visita, porém, não afasta a obrigação de participar de sua criação, pelo contrário, mantém e reforça o direito de convivência do menor com seus genitores, evitando-se o denominado abandono moral.

Convém consignar, que uma grande gama de casos práticos registrados tem origem em cóleras momentâneas produzidas pelas ofendidas que tismadas quanto à real necessidade do registro cautelar, e quiçá das medidas, rompem com a razoabilidade, colocando em risco as relações domésticas, requerendo o afastamento do companheiro (a) do lar conjugal, restringindo-lhe o contato com a ofendida, com seus familiares, impondo-lhe distância mínima de aproximação.

Tais medidas restringem o direito de visitação dos filhos havidos do enlace, impedindo-os de exercer o seu direito fundamental de convivência, conforme preconiza a carta magna que, de forma objetiva, conferiu-lhes proteção especial que devem ser mantidos pelo Estado, pela família e pela Sociedade, garantindo-lhes a formação moral, intelectual e social, alçando-se num patamar superior os interesses dos menores quando contrapostos com outros, inclusive contra os pais, sendo garantido aos infantes, o direito de convivência com seus aparentados, em especial seus pais.

Não seria, portanto, defeso ao pai que, por medida protetiva deferida, impedir ou criar contendores para que o companheiro (a) afastado do lar conjugal pela prática da violência doméstica possa vê-lo? O simples deferimento de medidas protetivas afastando o companheiro (a) do lar conjugal o proibindo de se aproximar ou manter contato com os filhos, que, reprise-se, nada tem a ver com a contenda dos nubentes, aliás, se nunca foram sujeitos passivos de agressão por parte do companheiro (a) ofensor (a), tal medida não seria mais prejudicial ao menor?

Maria Berenice Dias (2007, p.399) elenca que sempre que possível as visitas tem que ser mantidas, ainda que sejam visitas supervisionadas, haja vista que a suspensão total das mesmas pode trazer prejuízos emocionais ao(s) filho(s).

Na prática, seria interessante a determinação por parte do juiz da apresentação dos rebentos em locais previamente cadastrados, como casas de apoio, centros de atendimento, ou mesmo na sede do fórum, com presenças obrigatórias do membro do Ministério Público, equipe multidisciplinar, composta por assistentes sociais, psicólogas, advogados, médicos e psiquiatras, como também eventuais, no que tange ao conselho tutelar, estabelecendo-se, inclusive, multa ao cônjuge infrator que detenha a guarda caso não atenda a determinação judicial, conforme preconizam os artigos 600, III e 601, ambos do Código de Processo Civil, objetivamente sem prejuízo de concomitante processo criminal pela prática do delito de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito.

DA GUARDA COMPARTILHADA

No último dia 22 de dezembro de 2014, a presidente Dilma Rousseff, sancionou a Lei número 13.058/2014, que dispõe sobre a guarda compartilhada, estabelecendo de maneira prática que o filho havido do enlace não pertence ao pai ou a mãe e sim a ambos.

O ordenamento visa garantir a divisão equilibrada de responsabilidades e de tempo de convivência do filho com cada um dos pais, os quais devem, de forma conjunta sobre determinadas regras, a escola que o filho irá frequentar, moradia donde permanecerá, alimentos que pode ou não consumir.

Nota-se que de maneira intrínseca, os editos compilados no diploma legal e eventualmente encampados pelo magistrado em sua decisão, buscam uma maior aproximação do jovem com seus pais, que, como dito, devem decidir conjuntamente sobre determinados aspectos da vida do rebento, comportamento que se perfaz de maneira pessoal e intransferível.

DO AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL

Tema que gera embates, pois o legislador previu o afastamento do lar, do domicílio e da convivência com a ofendida, comportamento, por vezes difícil de ser cumprido.

O verbete lar pode ser entendido como o local onde o casal elegeu como sede da sociedade conjugal, visando às finalidades do casamento, logo, seria a sede da família, a casa da família, sua morada, habitação, incluindo num elastério as figuras da residência e do domicílio.

Porém, quando se busca o afastamento do local de convivência surgem questões de inaplicabilidade, como exemplo, o espaço comum de um condomínio, utilizado pelos nubentes, um clube frequentado pelos enamorados de forma regular ou até mesmo eventual local de trabalho em comum.

Notadamente existem dificuldades reais na aplicação dessa medida, pois, na quase totalidade de casos os bens se confundem, as relações pessoais e sociais se permeiam, as pessoas do trato afetivo unam-se, comuns e identificadas com os envolvidos, as vezes desnaturando as regras impostas ou levando ao reestabelecimento da vida conjugal e ou familiar, fato que ocorre em grande frequência.

Calha aqui a ideia da colocação da mulher vítima de violência num estabelecimento de abrigo gerenciado pelo governo, garantindo-lhes os direitos básicos e fundamentais e as medidas judiciais impostas, órgão que ainda carece de decantação e implementação.

CONCLUSÃO

Após a análise de decantação dos dados constantes, concluiu-se que, ainda que de

forma módica, estão sendo implementadas as regras constantes da Carta Magna, em especial as relativas à proteção familiar e a busca da erradicação da violência doméstica contra a mulher.

A Lei Maria da Penha é o primeiro diploma legal a reconhecer expressamente que a prática de ato ilícito pelo marido contra a esposa, pelo companheiro contra a companheira, pelo pai contra a filha, ou pelo padrasto contra a enteada, sujeita o agressor à condenação em reparação de danos, sendo tratado mundialmente como um dos três melhores ordenamentos sobre a matéria, aliás, como sói outros estatutos, faz-se necessário sua aplicação em todos os ramos de atividades, meio jurídico e assistências, senão, teremos apenas determinados órgãos realizando tarefas isoladamente, dilargando o objetivo mirado, que é a proteção plena da mulher vítima de violência.

Noutro viés, apesar do protecionismo, o ordenamento estampa diversas antinomias e incompatibilidades que ainda carecem de maiores e aprofundados estudos para suas adequações à realidade, tornando-se necessário o incremento de mecanismos a tornar mais conhecido e explorado o tema da violência doméstica e familiar, tabulando registros, valorizando-se direitos e estabelecendo um paralelo entre os fatos constatados e as responsabilidades advindas, gerando a certeza da aplicação das sanções.

101

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORELLI, Andréa. **Da privação dos sentidos à legítima defesa da honra: considerações sobre o direito e a violência contra as mulheres**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 54, ,maio-jun de 2005, p. 9-39.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. **Vade Mecum / obra autoria coletiva da Editora Saraiva**, 7 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Karina Melissa. **Manual de Direitos da Mulher: as relações familiares na atualidade; Os direitos da mulher no Código Civil de 2002; O combate à violência – análise e aplicabilidade da Lei Maria da Penha (Lei n. 11340/2006) e de acordo com a guarda compartilhada**. Leme-SP: Mundi, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS – ATIVIDADES LEGISLATIVAS, disponível em <http://www.camara.leg.br>, acesso em 31 out.2014.

CARDOSO, Irede; CARDOZO, José Eduardo Martins. **Caminhos da constituinte: O direito da mulher na nova constituição**. São Paulo: Global, 1986.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, disponível em http://www.onu.org.br/docs/carta_da_onu.pdf, acesso em 31out. 2014.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**. 1ª edição. Curitiba: Juluá Editora. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, pg.09.

CENTRO DE PESQUISAS DA ANTIGUIDADE. **A condição feminina na Grécia Antiga**. Disponível em <http://cpantiguidade.wordpress.com/2009/10/19/a-condicao-feminina-na-grecia-antiga>, acesso em 20 out. 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - **Relatório anual 2000, Relatório número 54/01** – caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes - Brasil – 4 de abril de 2001, disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299> acesso em 22 ago. 2014.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)- **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>, acesso em 22 ago. 2014.

CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>, acesso em 22 ago. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica – Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo**. Editora RT, 2007, pg 54.

DECRETO-LEI N. 2848, 07 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**, in legislação do site do Gabinete da Presidência da República, Casa Civil, Sub-Chefia para assuntos jurídicos, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm acesso em 31 out. 2014

DECRETO-LEI N. 3869, 03 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**, in

legislação do site do Gabinete da Presidência da República, Casa Civil, Sub-Chefia para assuntos jurídicos, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm acesso aos 31 out. 2014

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da penha na justiça**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg.20.

DIDIER, Fredie Jr; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais Cíveis da Lei Maria da Penha. Disponível em <http://www.evocati.com.br/evocati/artigo>, acesso em 31 out.2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, v. 7, 1984.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FREITAS, Jayme Walmer. Revista Jus Navigandi, disponível em <http://jus.com.br/artigos/12719/impressoes-objetivas-sobre-a-lei-de-violencia-domestica>, acesso em 20 out.2013.

INFOESCOLA. **Navegando e apreendendo. Código de Hamurabi**, disponível em <http://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi>, acesso em 26 out.2014.

HISTÓRIA DO MUNDO. **Alcorão**, disponível em <http://www.historiadomundo.com.br/arabe/alcorao.htm>, acesso em 26 out.2014.

LEI N. 5869, 11 DE JANEIRO DE 1973. **Código de Processo Civil**, in legislação do site do Gabinete da Presidência da República, Casa Civil, Sub-Chefia para assuntos jurídicos, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm acesso aos 31 out. 2014

LEI N. 10406, 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**, in legislação do site do Gabinete da Presidência da República, Casa Civil, Sub-Chefia para assuntos jurídicos, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm acesso em 31 out. 2014

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. Editora Juarez de Oliveira. 2002.

MORAES, Alexandre, **Direito Constitucional**. 23.Ed – 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza, 2007, **Leis penais e processuais penais comentadas**, 2ª Ed. São Paulo: RT.

PIOVESAN, Flávia. **Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher**

e a Lei “Maria da Penha”. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª edição, rev. e atual. Editora Saraiva. 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. 2ª edição. Porto Alegre-RS: livraria do Advogado editora. 2012

PRESSER, Tiago. A Violência Doméstica, disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8560/A-violencia-domestica>, acesso em 22.10.2014.

SANTIN, Valter Foletto. **Igualdade Constitucional na Violência Doméstica**. Disponível em <http://www.apmp.com.br/juridico/santin>, acesso em 31.10.2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição, rev. e atual. São Paulo: Maheiros Editora, 2013.

SOUZA, Luiz Antônio de; HÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. 1ª edição. São Paulo: Método editora. 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A constituição e o supremo: STF Supremo Tribunal Federal**, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20760> acesso em 28 out. 2014.

UOL Educação. **Xenofonte-Biografia**. Disponível em <http://educacao.uol.com.br/biografias/xenofonte.jhtm>, acessado em 20.10.2014

YAMAMOTO, Cio Tango. **A evolução dos direitos das mulheres até a criação da Lei 11.340/2006**, disponível em Portal Boletim Jurídico - <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina>, acesso em 20.10.2014.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E OS REFLEXOS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

Giovanna Rossetto Magaroto CAYRES¹⁰

Viviane Boacnin Yoneda SPONCHIADO¹¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, criada com a finalidade de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar praticada contra as mulheres, em seus aspectos teóricos e, passados quase dez anos de sua entrada em vigor, em sua aplicabilidade prática. Primeiramente a lei será apresentada em seus pontos mais significativos, acompanhados de breve relato histórico de sua criação e motivação. Em seguida, dentre os desafios que surgem ao se amoldar a teoria à realidade cotidiana, foi escolhido o instituto das medidas protetivas de urgência para uma análise quanto a sua aplicabilidade, eficácia e reflexos nos demais ramos do Direito. A pesquisa pauta-se pelo método de investigação dedutivo, onde livros, doutrinas e leis foram adotados como procedimento técnico.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica; Lei Maria da Penha; Medidas Protetivas de Urgência; Família.

105

ABSTRACT

This article aims to analyze the Law 11.340 / 2006, known as Maria da Penha Law, created in order to restrain and prevent domestic and family violence against women, in their theoretical aspects, and after almost ten years its entry into force in its practical applicability. First the law will be presented in its most significant points, accompanied by brief historical account of its creation and motivation. Then, among the challenges that arise when shaping theory to everyday reality, the Institute of urgent protective measures has been chosen for an analysis of its applicability, effectiveness and consequences in other areas of law. The research is guided by deductive research method, where books, doctrines and laws were adopted as a technical procedure.

KEYWORDS: Domestic violence; Maria da Penha Law; Urgent Protective Measures; Family.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, as mulheres têm sido vista como a parte mais fraca de uma relação, pois não podiam exercer muitos direitos reconhecidos aos homens, como votar, por

¹⁰ Estudante de Pós-graduação - UNIVEM

¹¹ Estudante de Pós-graduação - UNIVEM

exemplo. Elas não podiam trabalhar, porque tinham que se dedicar aos seus maridos e aos filhos, não podiam sequer administrar seus bens. Eram vistas como um ser sem expressão, que muitas vezes não podia sequer manifestar a sua vontade e, por isso, sempre foi discriminada e humilhada, ou seja, sempre foi vítima de diversos tipos de agressões, tornando-se objeto nas mãos de seus companheiros.

A cultura machista já destruiu sonhos, sempre tentando calar a voz feminina. Felizmente, com o passar dos anos as mulheres ganharam lugar na sociedade, sendo reconhecidas como pessoas de direitos e deveres, possuindo igualdade formal perante os homens. Entretanto, a igualdade material ou efetiva é uma batalha que as mulheres ainda travam cotidianamente. Prova disso são os índices de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Foi com a intenção de combater esse tipo de violência que a lei 11.340 foi criada, em 7 de agosto de 2006, batizada de Lei Maria da Penha, em homenagem à brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de cruel violência doméstica por parte do próprio marido, o que a motivou a mobilizar movimentos feministas que, somados a Convenções Internacionais, deram origem a uma lei específica para tratar do tema.

A Lei Maria da Penha trouxe o instituto das medidas protetivas de urgência, previstas no artigo 22 e seguintes, cuja finalidade é diminuir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, evitando a reincidência das agressões, através de meios rápidos que possam imobilizar a ação do agressor. Todavia, existem vários questionamentos no que tange à aplicabilidade de tais medidas.

Diversos são os fatores que devem ser analisados, principalmente indagando se os órgãos estatais estão realmente estruturados para conduzir o processo até o seu trâmite final, a fim de que se consiga o principal objetivo, que é a restauração da paz social, a preservação da integridade física e moral da mulher e a não destruição da família.

O fato é que se criou muita expectativa com a chegada da lei nº 11.340/06 e hoje, aproximando-se do seu primeiro decênio, torna-se necessário uma análise das questões que surgem com a sua aplicação nos casos concretos.

Entre as muitas questões que se apresentam, abordaremos a aplicabilidade das medidas protetivas de urgência e suas consequências, discutindo inclusive os reflexos que

ultrapassam a esfera penal, atingindo não apenas vítima e agressor, mas os seres humanos por detrás destas nomenclaturas e suas famílias.

O presente artigo se divide em duas etapas. Iniciaremos discorrendo sobre a violência doméstica, abordando como se deu a entrada da Lei 11.340/2006 na legislação brasileira, seu conceito e as formas de violências nela dispostas. Em um segundo momento, serão analisadas as medidas protetivas de urgência como mecanismo de proteção à mulher vítima de violência doméstica e os seus reflexos.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A LEI MARIA DA PENHA

A violência doméstica e familiar não é apenas a violência física, mas também pode ser as violências psicológica, sexual, patrimonial e moral, que atinge milhares de mulheres, as quais vivem estes tipos de agressões no âmbito familiar, onde deveria ser considerado seu lugar de proteção, passa a ser um local de risco.

Como menciona Maria Berenice Dias em sua obra "A Lei Maria da Penha na Justiça" (2007):

"Sabedora a mulher que denunciar seu marido, não quando já estiver cansada de apanhar, mais quando pela primeira vez for violada sua integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. Só assim, poderá reduzir o número de mulheres violentadas, que se calam porque alimentam o sonho de viver em um "lar doce lar".

107

O sexo feminino sempre foi um dos maiores alvos de preconceito e submissão, e a violência doméstica e familiar vem historicamente acompanhando as mulheres, independente da idade, classe social ou raça, pois é uma realidade de milhares de mulheres de várias partes do mundo, de vários países, gerando consequências não só às vítimas, mas também a seus filhos e familiares.

As consequências da violência doméstica e familiar contra as mulheres são, sobretudo, sociais, na medida em que afetam a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento pessoal, a saúde mental e a autoestima das mulheres.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2007):

"A banalização da violência doméstica levou à invisibilidade do crime de maior incidência no país e o único que tem perverso efeito multiplicador, pois suas sequelas não atingem somente a pessoa ofendida, mais todos os membros da entidade familiar."

Violência doméstica é o desejo que uma pessoa tem de controlar e dominar a outra, demonstrando poder. Isso geralmente ocorre quando houve um esgotamento do diálogo, da interação saudável e do respeito entre os cônjuges. São atos que vão se agravando com a frequência com que ocorrem, trazendo uma bagagem de humilhação, ameaças, agressões físicas, verbais e/ou psicológicas, podendo causar danos físicos e emocionais permanentes na vítima e reflexos variados nos demais membros do núcleo familiar. Os homens não nascem violentos, eles se tornam violentos por uma construção cultural ou familiar (PEREIRA, 2006, p. 9).

Segundo o Fórum Nacional de educação em direitos humanos (FNEDH), a cada quinze segundos uma mulher é agredida no país. E grande parte dos assassinatos de mulheres ocorre na fase em que elas estão tentando se separar dos agressores. Algumas vítimas chegam a desenvolver a síndrome do estresse pós-traumático, que as torna incapazes de reagir ou escapar (PEREIRA, 2006, p. 10-11). Ainda hoje são contabilizados 4,4 assassinatos a cada 100 mil mulheres, número que coloca o Brasil no 7º lugar no ranking de países nesse tipo de crime (COMPROMISSO E ATTITUDE, 2014).

É no seio da família que se aprende a respeitar os valores sociais e os direitos humanos. Assim, os filhos que veem seus pais batendo em suas mães, serão os agressores de suas futuras esposas, pois aprenderam a viver essa realidade, criando-se um ciclo vicioso e sem fim.

Com o intuito de cessar o grande número de casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres é que Maria da Penha Maia Fernandes iniciou sua luta. Ela se dedicou a combater o descaso do governo e da justiça em relação aos casos de violência doméstica. Sua própria história de violência começou no dia 29 de maio de 1983, quando Marcos Antonio Heredia Viveiros, seu marido, alvejou-a com uma arma de fogo, deixando-a parapléica. Enquanto Maria se recuperava da primeira tentativa de homicídio praticada por seu marido, foi vítima de novo episódio de violência, recebendo uma descarga elétrica proposital, durante o banho (CAMPOS, 2007, p. 42).

No dia 28 de setembro de 1984, Marcos Antonio, o agressor, foi denunciado pelo Ministério Público, sendo julgado apenas no dia 4 de maio de 1991, quando foi condenado a quinze anos de reclusão. Insatisfeita com o resultado, a defesa apelou da sentença duas

vezes, levando o processo aos Tribunais Superiores. E, somente vinte anos após o delito, o acusado foi preso. A vítima, Maria da Penha, inconformada, levou seu caso até a Comissão Internacional de Direitos Humanos.

Não existia então no Brasil uma lei específica para julgar casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres, sendo tais demandas processadas e julgadas nos Juizados Especiais Criminais, juntamente com as infrações de menor potencial ofensivo, seguindo os ditames da Lei 9.099/95. Assim, as penas aplicadas aos autores de violência doméstica acabavam se transformando em pagamento de multas ou cestas básicas, prejudicando ainda mais a vítima.

A Lei Maria da Penha surgiu para mudar essa realidade, com o mister de erradicar a violência doméstica e familiar no Brasil. Do seu texto, depreende-se que a intenção do legislador não foi somente punitiva, mas também de promover meios de proteção e de assistência mais eficientes, baseando-se nos direitos humanos, como previsto em seu artigo 1º:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

109

Fica claro o objetivo da lei de proteger e assistir as mulheres, adequando-se a tratados internacionais já existentes sobre o tema.

A Lei Maria da Penha também se preocupou em definir violência doméstica e familiar contra as mulheres, trazendo um conceito em seu artigo 5º:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços

naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Segundo Maria Berenice Dias:

É obrigatório que ação ou omissão ocorra na unidade doméstica ou familiar ou em razão de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Modo expresso, ressalta a Lei que não há necessidade de vítima e agressor viverem sob o mesmo teto para configuração da violência como doméstica ou familiar. Basta que o agressor e a agredida mantenham, ou já tenham mantido, um vínculo de natureza familiar (2007, p.40).

Isso significa que um casal, mesmo não convivendo sob o mesmo teto, estará sob a égide de Lei Maria da Penha. Nesse caso, para configuração da violência doméstica, é necessário um nexó entre a agressão e a situação que a gerou, ou seja, a relação íntima de afeto deve ser causa da violência (MISAKA, 2007, p. 87).

A coabitação já não é mais necessária, assim como o parentesco por laço sanguíneo. Para configuração da violência doméstica e familiar basta que um dos três incisos trazidos pelo artigo 5º seja atendido. A lei foi inovadora ao incluir também os parentes por afinidade e os esporadicamente agregados à unidade doméstica.

Antes da edição da lei 11.340/06, só era considerada violência doméstica a lesão corporal que ocasionasse dano físico ou à saúde da mulher. Após a entrada em vigor desta lei, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher serão consideradas violência doméstica.

A Lei Maria da Penha especificou os diversos tipos de violência:

Artigo 7º: São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que

lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Verificaremos os conceitos de cada uma delas sob o ponto de vista de autores renomados:

Para Cavalcanti: “Violência doméstica é aquela praticada dentro de casa usualmente entre parentes, principalmente entre marido e mulher, embora possa ocorrer contra a criança (filho ou enteado) ou idosos da família” (2008, p. 19).

Para Maria Berenice Dias: “Violência física nada mais é do que aquela que faz uso da força, mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras, etc., visando o agressor, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima” (2007, p. 46).

A violência psicológica “é a agressão emocional percebida por comportamento típico de ameaça, rejeição, humilhação ou discriminação da vítima” (CUNHA e PINTO, 2007, p. 37).

E a violência sexual “é caracterizada pela conduta violenta que obriga à prática ou à participação ativa em relação sexual não desejada, além daquelas que provocam o constrangimento da vítima em presenciar, contra seu desejo, ato sexual entre terceiros” (HERMANN, 2008, p. 111).

Ainda segundo HERMANN: “A violência patrimonial consiste na apropriação dos proventos que a mulher obtém com seu trabalho ou no controle abusivo da destinação de suas rendas” (2008, p. 103).

Violência moral “refere-se à desmoralização da mulher vítima, imputando a ela conduta que configure calúnia, difamação ou injúria” (DIAS, 2007, p. 53).

Em um contexto mais amplo, verificamos que toda prática de violência doméstica e familiar contra as mulheres é uma violação de direitos humanos, de forma que se torna imprescindível a intervenção protetiva por parte de organismos nacionais e internacionais de defesa dos direitos da mulher na esfera política e judicial (HERMANN, 2008, p. 106).

Mas, apesar da cuidadosa criação da lei, muito ainda tem que ser analisado a respeito de sua aplicação na realidade fática, tanto no que diz respeito a sua eficácia na diminuição das estatísticas criminais e reincidência, como nos seus reflexos em relação a vítimas e agressores, visando à solução dos conflitos e harmonização das relações.

AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E SEUS REFLEXOS

Em busca de garantir a efetiva segurança das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, bem como uma atuação mais rápida por parte do Estado, a Lei Maria da Penha trouxe, como um de seus instrumentos, as medidas protetivas de urgência.

Pela inovação que elas representam na matéria violência doméstica e, até mesmo pelos desafios de sua aplicação prática, as medidas protetivas de urgência se tornaram, sem dúvida, um dos capítulos mais comentados da Lei Maria da Penha.

Trata-se de medidas cautelares que podem ser concedidas para vítimas de violência doméstica e familiar em situação de risco. Seu cabimento está vinculado ao preenchimento dos requisitos das cautelares em geral, quais sejam, o perigo da demora e a aparência do bom direito (CUNHA e PINTO, 2007, p.144).

Como preceitua a Lei Maria da Penha, em seu artigo 19: “As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida” (BRASIL, 2006). Pelo seu caráter de urgência, elas poderão inclusive ser concedidas sem que haja audiência das partes, devendo o Ministério Público ser comunicado.

O rol de medidas protetivas de urgência trazido pela lei, em seu artigo 22, não é taxativo e prevê as seguintes obrigações ao agressor, lembrando que elas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios (BRASIL, 2006).

Logo em seguida, a lei Maria da Penha traz as medidas protetivas de urgência que podem ser deferidas à ofendida:

Artigo 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

- I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV - determinar a separação de corpos (BRASIL, 2006).

E na mesma seção, as medidas voltadas à proteção do patrimônio:

Artigo 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

- I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
- II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
- III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
- IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo (BRASIL, 2006).

Ao analisar os dispositivos acima, vê-se que muitas das medidas protetivas de urgência entram na seara do Direito de Família.

Dentre elas, destacam-se o afastamento do agressor do lar, a incomunicabilidade com a vítima e seus familiares, a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes e a prestação de alimentos.

No primeiro caso, em que pese o título escolhido, de medidas que obrigam o

agressor, observa-se que na realidade suas consequências serão sentidas no núcleo familiar como um todo.

É claro que o conflito existente entre os cônjuges é percebido pelos filhos do casal e outros parentes e agregados que possuam o mesmo vínculo familiar. Mas, sem dúvidas, a aplicação das medidas protetivas de urgência sedimenta ainda mais essa realidade de conflito.

Ora, o afastamento do agressor, ou agressora, do lar, vem quase sempre acompanhado da proibição do agressor de se aproximar da vítima. Existindo filhos menores, nasce o primeiro impasse. Embora o juiz de direito possa, de acordo com a lei, afastar o agressor não apenas da ofendida, mas de qualquer familiar em risco, verifica-se na prática que, mesmo quando o afastamento diz respeito apenas à vítima, os filhos menores acabam afastados indiretamente.

Isto ocorre porque a decisão judicial é tomada, na maioria dos casos, com o objetivo exclusivo de se proteger a vítima, esquecendo-se das relações dos demais membros do núcleo familiar. Ainda, grande parte das decisões sobre medidas protetivas de urgência são tomadas sem que haja audiência das partes, como permite o parágrafo 1º do artigo 19 da Lei Maria da Penha.

É evidente que a celeridade da decisão judicial é importante, pois muitas vezes a incolumidade física da vítima está em jogo. Mas, se não há tempo para uma audiência prévia, seria de bom alvitre que esta já fosse agendada no próprio bojo da decisão que concede as medidas protetivas de urgência, designando a próxima data disponível na Vara de Família, ocasião em que entrariam em debate as questões referentes à guarda, visitas, alimentos, divórcio, etc.

Não se quer com isso olvidar o foco principal da Lei Maria da Penha que é a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Entende-se, no entanto, que tal proteção pode ser desenvolvida com ainda mais qualidade tomando-se medidas para que as relações familiares, já desgastadas com o conflito ocorrido em seu seio, também sejam preservadas. Inclusive, a lei não fala apenas em proteção, visto que elenca em seu primeiro artigo a assistência às mulheres vítimas. Tratar das questões inerentes à família que se apresentam após o conflito é uma forma de assistência.

A autora Maria Berenice Dias, já havia previsto a necessidade de designação de

audiência nos casos em que houvesse solicitação de medidas protetivas de urgência, já que muitas das providências que acabam sendo adotadas quando da concessão das medidas protetivas de urgência envolvem questões de Direito de Família.

Aqui entra em discussão também a determinação da competência. A Lei Maria da Penha dispôs que as causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra as mulheres serão julgadas por juizados específicos, chamados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, os quais possuirão competência cível e criminal e equipe de atendimento multidisciplinar, abrangendo profissionais capacitados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (BRASIL, 2006).

Infelizmente os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ainda não foram instalados em todas as Comarcas do país, até por questões administrativas e orçamentárias, de forma que as Varas Criminais acabaram por absorver essa demanda, ficando responsáveis por processar e julgar as ações penais envolvendo violência doméstica e familiar, além de eventuais solicitações de medidas protetivas de urgência.

Sabendo-se, como explicitado acima, que a concessão de medidas protetivas de urgência envolve questões de Direito de Família, não parece o mais acertado deixar essa responsabilidade a cargo dos juízes criminais. É nítido que as Varas Criminais não poderão dar a devida prioridade aos casos de violência doméstica, posto que já contam com elevado número de feitos que, também por sua natureza, demandam prioridade de análise, quais sejam, os feitos envolvendo réus presos.

Na prática vislumbra-se que, em muitas Comarcas onde não existe o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a decisão a respeito de eventuais medidas protetivas de urgência fica a cargo dos juízes de direito das Varas Criminais, as quais também processarão e julgarão os processos criminais relacionados, sem que, no entanto, venha a ser marcada uma audiência específica para definição de questões de Direito de Família, limitando-se a aguardar que as partes ingressem por si próprias na Justiça Cível, através de advogado contratado ou da Defensoria Pública.

Frisa-se que o lapso de tempo que pode decorrer entre a concessão de uma medida protetiva de urgência, até que uma das partes ingresse na área cível e tenha sua demanda atendida, é deveras extenso, e isso não é admissível quando o direito de incapazes está em jogo.

Tem-se sempre que recordar que, ao afastar um casal que possui filhos, enteados e agregados, estes também estarão sendo afetados por tal medida. A decisão não pode se limitar a fixar um limite de distância a ser respeitado entre o casal em conflito, olvidando-se de regulamentar as visitas. Não só as visitas podem ser previamente regulamentadas, como também pode já se eleger um terceiro para intermediar esses encontros, a fim de que a proibição de aproximação entre o agressor e a ofendida não seja quebrada.

É claro que existem os casos em que a proibição de contato abrangerá também os familiares da vítima, se todos se encontrarem na mesma situação de perigo. Em tais casos é evidente que a visitação será suspensa, como também permite a lei.

Mas não é para essas situações que se quer chamar atenção, e sim para aqueles numerosos casos onde, mesmo existindo conflito entre os cônjuges, este conflito se restringe unicamente ao casal, preservando o agressor o bom relacionamento com os demais membros do núcleo familiar.

Seria uma medida deveras drástica afastar os infantes e demais familiares do convívio com o agressor apenas porque ainda não se regulamentou um direito de guarda ou de visitas. O núcleo familiar deve ser olhado com atenção, porque envolve o laço afetivo entre seus membros.

O Judiciário com certeza age, em respeito à lei, para que a vítima mulher seja protegida, mas não pode com isso afetar a família, mais do que o próprio episódio de violência já afetou. A prestação jurisdicional deve ser voltada para a reestruturação dos laços familiares, mesmo que o casal decida por se separar, afinal a família não se resume ao laço existente entre os cônjuges.

Como bem observaram Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007, p.152):

Optou o legislador pela utilização dessa expressão (dependentes), quando nos parece seria mais adequado tivesse feito alusão a qualquer incapaz que, de algum modo, conviva em contato com o agressor. Com isso incluiria, além dos filhos é claro, também o enteado, aquele de quem o agente seja guardião, tutor etc.; também todo aquele que, embora não vinculado por laço de parentesco ou por determinação judicial, prive de relação doméstica com o agressor.

Todos os membros do núcleo familiar devem ser respeitados em sua dignidade. A família deve ser entendida de maneira ampla, já que a própria Lei Maria da Penha atestou,

em seu artigo 5º, inciso II, que a família compreende os laços naturais, de afinidade e de vontade (BRASIL, 2006).

Assim como o observado com a medida protetiva de afastamento do agressor, repetem-se os mesmos reflexos com a medida de proibição de comunicação. Muitas vezes a vítima se coloca entre a comunicação do agressor e os outros membros do núcleo familiar, de forma que, por não poder se comunicar com ela, o agressor vê cortada sua comunicação também com os demais. Mais uma vez o conflito ocorrido entre o casal expande suas consequências para o núcleo familiar.

É claro que existem casos em que o agressor coloca em risco a integridade física e/ou psicológica de toda a família, sendo proibida sua comunicação com todos. Há casos também em que o agressor se utiliza da comunicação com os filhos, por exemplo, para ofender e humilhar o (ex) cônjuge. São casos diferenciados em que restrição de comunicação acertadamente deve incluir os familiares da vítima, para preservação de todos. Além disso, cumpre lembrar que em tais casos, onde o agressor acaba se valendo de subterfúgios para voltar a violentar a vítima, descumprindo medida protetiva imposta, o juiz poderá decretar sua prisão preventiva.

Cabe ressaltar que as medidas protetivas de urgência não decaem no prazo de trinta dias, como já se quis afirmar anteriormente, o que significa que as situações tratadas acima não podem ser encaradas como passageiras. Pelo contrário, as medidas protetivas podem se prolongar no tempo e é errado acreditar que apenas o agressor terá que se adaptar a elas. As mudanças afetam a vítima, os filhos, irmãos, netos, sogros, enteados, agregados, sobrinhos, em outras palavras, a realidade daquele núcleo familiar específico.

Evidenciada a importância de se atentar para as questões de Direito de Família que decorrem naturalmente da concessão de medidas protetivas de urgência, abrem-se duas soluções possíveis. A primeira é no sentido de que as decisões judiciais que concedem medidas protetivas de urgência contenham em seu bojo regulamentações às questões de Direito de Família que já se evidenciaram no processo, mesmo que tal regulamentação tenha caráter provisório, vigorando até que as questões sejam devidamente pacificadas em audiência ou ação próprias. Para isso, enquanto não instalados todos os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, seria oportuno que as medidas protetivas de urgência passassem a ser analisadas pelas Varas de Família.

A segunda, decorrente da primeira, é a designação de audiências cíveis. Parte-se do pressuposto de que as questões de Direito de Família, em sua complexidade, não poderiam ser resolvidas em caráter definitivo no momento da concessão de uma medida protetiva de urgência, até mesmo pelo caráter cautelar desta última. Assim, uma audiência específica para questões cíveis deve ser designada, tão logo uma medida protetiva de urgência seja concedida. Ao serem intimadas da decisão judicial proferida em sede da cautelar, já ficariam as partes cientes da data em que deverão comparecer para a audiência de Direito de Família.

É claro que um divórcio, por exemplo, é assunto que só cabe aos cônjuges e será levado a efeito quando da vontade deles, sem que o Estado possa nisso interferir. Mas existindo um incapaz, o direito dele se sobrepõe, pois independente do conflito existente entre os genitores, padrastos/ madrastas ou avós, deve ser garantido o direito do menor à sua alimentação, ao convívio com seus familiares, ao afeto. Por esse motivo que audiência se faz necessária, será nesse momento que as questões cíveis serão resolvidas, caso o agressor e a ofendida não as tenham resolvido extrajudicialmente.

Tais soluções, além de harmonizarem as relações familiares, são com certeza importantes medidas de prevenção da violência doméstica e da reincidência. Isso porque a não resolução de questões cotidianas como guarda, alimentos, divórcio, visitas e divisão de bens é motivo para novas discussões e intrigas, ainda mais em uma família já abalada por um conflito anterior recente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei Maria da Penha surgiu em resposta aos anseios da sociedade brasileira, que não mais se calaria diante das desigualdades de gênero e do desrespeito aos direitos humanos e à dignidade das mulheres. Na esteira de tratados internacionais, o Brasil declarou sua vontade de coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, editando uma série de mecanismos de proteção e assistência às mulheres, compilados em uma lei.

A Lei Maria da Penha foi muito festejada pelos organismos e movimentos feministas e trouxe grandes mudanças na atuação junto aos casos de violência doméstica. Hoje, passados quase dez anos da sua publicação, é possível notar as dificuldades

encontradas durante a aplicação dos preceitos teóricos na prática e as consequências geradas.

Como em qualquer legislação inovadora, é natural que apenas após a vigência da lei se tornem perceptíveis determinados desdobramentos, passando-se então ao estudo aprofundado de soluções e ajustes possíveis.

Dentre os diversos mecanismos trazidos pela Lei Maria da Penha, neste artigo optou-se pelo estudo das medidas protetivas de urgência e seus reflexos práticos. Após breve relato histórico e conceitual da violência doméstica brasileira, situando o contexto onde seria desenvolvido o estudo, passou-se à análise pretendida.

As medidas protetivas de urgência, com sua natureza cautelar, foram originalmente elaboradas para proteção da integridade das vítimas e diminuição dos índices de reincidência. No entanto, ao aplicar o instituto aos casos concretos, verificou-se que a ofendida e o(a) agressor(a) não podem ser tratados individualmente, recortados do ambiente a que pertencem. Em outras palavras, as medidas protetivas de urgência não atingem somente ofendida e agressor, pelo contrário, elas geram reflexos no núcleo familiar como um todo.

A maior parte das medidas protetivas aplicáveis ao agressor estão intimamente ligadas a questões do Direito de Família, ou seja, quando aplicadas afetarão questões como a guarda de filhos menores, o direito de visitas, o divórcio, a divisão de bens, entre outras. Assuntos estes que envolvem toda a família, filhos, avós, enteados, agregados, etc.

Por ser a família a base da sociedade e pela prioridade que devem ter as questões envolvendo eventuais incapazes, questiona-se a maneira como são concedidas as medidas protetivas de urgência, muitas vezes decididas por juízes criminais, sem que haja encaminhamento ou designação de audiência para que as partes possam tratar de assuntos atinentes ao Direito de Família. Visa-se apenas à resolução do conflito mais imediato, aquele que originou o processo crime e a solicitação da medida cautelar. Esquece-se que as questões referentes à guarda, visita de filhos, divisão de bens, divórcio, quando não resolvidas, terão grande probabilidade de gerar novos conflitos, um novo ciclo de violência naquele núcleo familiar.

Enquanto não são instalados todos os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, opina-se no sentido de que as medidas protetivas de urgência sejam

decididas pela Vara de Família, para que já na primeira decisão, mesmo que em caráter provisório, possa ocorrer definição das questões de Direito de Família que se apresentarem. Opina-se ainda que, no momento da concessão da medida protetiva de urgência, seja desde logo designada audiência para as partes em conflito, caso manifestem interesse em resolver questões cíveis, ou caso seja constatada a existência de dependente menor, por entendermos que a proteção à violência doméstica não pode estar desacompanhada da proteção à família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Federal nº 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Diário Oficial da União, 8 ago. 2006, Seção 1, nº 151. Disponível em:

<<http://sites.unasp.edu.br/portal/secretariageral/Documentos/DOU/2006-2/08/2006-08-08-1.pdf>> Acesso em 05 de abril de 2015.

CABETTE, E. L. S. **Lei Maria da Penha, violência, medo e amor**. Da denúncia ao perdão. Disponível em:

<<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121938023/lei-maria-da-penha-violencia-medo-e-amor-da-denuncia-ao-perdao>> Acesso em 01 de abril de 2015.

CAMPOS, A. H. CORREA, L. R. **Direitos humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVALCANTI, S.V Stela V. S. de F. **Violência Doméstica**: análise artigo por artigo da lei Maria da Penha, n. 11.340/06. 2 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

COMPROMISSO E ATITUDE- Lei Maria da Penha. Alguns números sobre a violência contra as mulheres no Brasil. Disponível em
<<http://www.compromissoeatitude.org.br/alguns-numeros-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil>> Acesso em 03.abril.2015.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência Doméstica**: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HERMANN, Leda M. **Maria da Penha com nome de mulher**: violência doméstica e familiar. Campinas: Servanda, 2008.

MISAKA, M. Y. **Violência Doméstica e familiar contra a mulher**: em busca de seu conceito. Juris Plenum Doutrina, Caxias do Sul, 2007.

PEREIRA, Mariana Alvarenga Eghrari. **Protegendo as Mulheres da Violência**

Doméstica. Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos – FNEDH- 2006.
Disponível
em:<[http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.p](http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf)
df.> Acesso em 2 de abril de 2015.

VITIMIZAÇÃO INFANTIL NOS CRIMES SEXUAIS INTRAFAMILIARES

Zuleika Okabe dos SANTOS¹²
Luiz Fernando KAZMIERCZAK¹³

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise da vitimização infantil nos crimes sexuais intrafamiliares, sob a ótica da Dinâmica do Abuso Sexual Intrafamiliar, com o propósito de assimilar as fases procedimentais do incesto para o adequado acolhimento da criança no sistema judicial, cuja aplicabilidade é realizada pelos operadores jurídicos. No que tange à proteção das vítimas infanto-juvenis, nosso ordenamento jurídico busca punir os transgressores severamente pelos delitos cometidos. Por conseguinte, muito embora não esteja tipificado no sistema penal o crime sexual contra criança e adolescente como delito autônomo, é de extrema importância aos operadores de direito lidarem com tal problemática, em que, sob o viés da vitimologia, deve ser assegurada às vítimas maior proteção física e psicológica, por tratar-se de sujeitos em estado de maior vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Vitimologia; Crimes Sexuais; Infância.

ABSTRACT

The intent of the present article is the analysis of the child victimization in the intrafamily sexual crimes, under the viewpoint of the Intrafamily Sexual Abuse Dinamic, with the purpose of assimilating the procedural phases of the incest for the appropriate reception of the child in the justice system, which applicability is performed by the legal practitioners. Concerning the protection of the children and teenager victims, our juridical order seeks punishing the offenders severely for committed offences. Therefore, even though it is not typified in the criminal justice system the sexual crime against the child and teenager as an autonomous offense, it is extremely important that the legal practitioners handle this problem, which, under the point of view of victimology, the victims must be ensured greater physical and psychological protection, since they are individuals in a greater state of vulnerability.

KEY-WORDS: Victimology; Sexual Crimes; Childhood.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem finalidade de analisar a dinâmica da prática abusiva dos crimes sexuais intrafamiliar contra crianças com o intuito de esclarecer as fases

¹² Estudante de Graduação – UENP.

¹³ Estudante de Pós-Graduação e Docente da UENP.

procedimentais do incesto para que haja a cooperação dos operadores jurídicos ante a interpretação da linguagem infantil quando vítimas de abuso sexual, mormente na fase processual probatória, a fim de evitar uma eventual dupla vitimização perpetrada pelo próprio sistema legal.

Menciona-se a importância da vitimologia, sendo sintomático para se estabelecer uma concepção positiva concernente à averiguação das causas e consequências da vitimização sexual infantil. Pois, os estudos vitimológicos ensejaram preocupação e atenção à vítima, não somente como participante do crime, também como sujeito de direito. Desse modo, possibilitou à vítima uma atuação participativa no procedimento judicial, assegurando seus direitos tanto na fase processual, especificamente no testemunho e depoimento, como na pós-processual, no que tange às políticas de assistência às vítimas.

O abuso sexual infantil intrafamiliar é uma das mais graves formas de violência, porquanto, além de transgredir direitos fundamentais da criança e adolescente, as consequências são gravíssimas aos infanto-juvenis por estarem à mercê de danos psicológicos irreversíveis e infindáveis.

O ato violento em si ou a dinâmica do procedimento abusivo sexual intrafamiliar infanto-juvenil pode ser entendido por vitimização primária. Após a revelação e a posterior denúncia do abuso sexual, a vítima percorre uma trajetória em que se depara com inadequados contatos no âmbito judicial, vitimizando novamente a criança, denomina-se tal vitimização de vitimização secundária ou revitimização.

Em que pese à violência sexual infanto-juvenil ser assunto referencial em debates acadêmicos ou em diversos setores jurídicos e sociais, a atenção que se predispõe aos vitimizados quanto à garantia de seus direitos ainda é escasso, tanto no âmbito social ante ao dever social de todos de prevenir e proteger as crianças e adolescentes, como na seara jurídico-legal perante o procedimento técnico e inadequado das instâncias judiciais em lidar com vítimas infanto-juvenis de crimes sexuais.

As crianças possuem seus direitos estatuídos e garantidos constitucionalmente, no entanto, a garantia de sua implementação depende, não raras vezes, da atuação do setor jurídico, especificamente no que tange ao acolhimento e inquirição dessas vítimas na fase probatória processual, a qual carece de procedimento especializado para que haja uma adequada abordagem.

Nesta esteira, a abordagem adequada advém, primeiramente, da disposição em entender os atos vitimizatórios do incesto. Pois, ao estabelecer uma comunicação com a criança vítima de abuso sexual, envolve problemas além da ordem jurídica e psicológica, consisti em um problema de natureza ética. Sendo esta, o saber ouvir do outro, diante do reconhecimento das diferenças.

NOÇÕES GERAIS ACERCA DA VITIMOLOGIA

A palavra Vitimologia, em sentido etimológico, deriva da palavra latina *victima* e da raiz grega *logos*. Sob o enfoque conceitual, Vitimologia é a área de estudo da vítima em diferentes aspectos de acordo com cada contexto fático. Este conceito, desde meados de 1940, tem conquistado espaço dentro do campo forense como ciência jurídica. Apesar de se considerar uma ciência jurídica atual, a vítima tem sido objeto de estudos desde o início das civilizações aliado ao espírito cívico de Leis e Códigos Antigos.

Por um longo período, os estudos científicos do crime colocaram em evidência apenas a figura do delinquente, o que contribuiu na formação da Escola Positiva, da qual se esqueceu da figura elementar da vítima. Com o desenrolar de estudos e análises, a vítima voltou a emergir como elemento de pesquisa na etiologia do delito, do qual fora atribuída nova valoração ao fenômeno vitimal, e redescobrimento de seu conceito.

Ante a este prisma, não se define estreitamente a vítima a ponto de reconhecê-la apenas como condição de sujeito passivo de um crime. Sobre o Conceito e a extensão da Vitimologia, escreve Edgard de Moura Bittencourt:

Realmente, há algum tempo a pessoa ou entidade sacrificada ou lesada tem sido objeto de estudos, pesquisas científicas e princípios, não apenas no terreno da criminologia, da Política Criminal e da Dogmática Penal, mas em quase, senão todos, os ramos das ciências sociais. Para tal, basta que se dê ao conceito de vítima um sentido que não se restrinja à condição de sujeito passivo do delito.

Quanto a esta ótica abrangente, pode-se dizer que a vítima está mais intimamente interligada ao Escopo da Vitimologia do que propriamente ao seu próprio conceito. Pois, nas palavras de Ester Kosovski:

Escopo da Vitimologia é também um escopo para o Movimento de

Direitos Humanos. Enquanto vítimas de crimes frequentemente têm preocupação referente à sua participação no processo, na lei, nas consequências e efetividade, vítimas de opressão e abuso de poder, necessitam e querem proteção e assistência antes de mais nada. [...] A parceria entre Vitimologia, Movimentos de Assistência às Vítimas, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa, enseja mais perspectivas e fortalece todas as partes.

Pode-se dizer que vítima, atualmente considerada, é a resultância do seguimento de estudos interrompidos e redescoberto, assim como elemento crucial na Vitimologia, estudada de forma revalorizada e crescente na doutrina jurídica, sua análise está além do liame entre vítima e delinquente. Ademais, os aspectos sobre a vítima são assimilados de maneira multidisciplinar, nos quais englobam, além das questões jurídicas, as sociais, biológicas e psicológicas, tendentes a humanizá-la amplamente com o viés da Vitimologia.

Sob o enfoque vitimológico amplo, pode-se concluir que “vitimização é a ação ou efeito de alguém, grupos de pessoas ou nações vitimarem-se e vitimarem pessoas, grupos ou povos”, é também consequências de um processo de várias vitimizações, cuja identificação se torna importante para diminuir os impactos negativos decorrentes das “vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária”.

Por Vitimização primária, costuma-se entender como aquela causada pela prática do crime, na qual ocasiona um processo de sofrimento e ultrapassa os resultados negativos provenientes do bem jurídico afetado pelo crime. Os efeitos da vitimização primária podem ser agravados pelas instâncias formais de controle social, causando a vitimização secundária, em que a vítima se torna vítima do sistema legal, cujo procedimento é denominado de Revitimização.

VITIMIZAÇÃO INFANTIL

Para se alcançar a compreensão atual do perfil vítima-criança, o próprio conceito de criança e as circunstâncias, consideravelmente violentas, que tornavam as crianças vítimas dos adultos, esteve há muitos anos à mercê de transformações social, histórica e cultural percorridas por cada civilização em delimitado tempo.

Dessa maneira, a violência e todos os atos oriundos desta natureza, a noção de criança e os meios padronizados de como tratá-las ou educá-las foram significativamente influenciados pela cultura e tempo histórico das sociedades, motivo pelo qual se torna

difícil uma definição absoluta sobre a infância e a violência contra a criança. Trata-se, portanto, conforme Cristiane Andreotti Santos, de um conceito socialmente construído:

A caracterização do que seja a violência contra a criança está assentado em algumas dificuldades, porque o próprio conceito de criança está assentado em raízes culturais, em circunstâncias históricas vividas pela sociedade em dado momento. Socialmente construído, o conceito de criança varia no tempo e no espaço e, do mesmo modo, variam os entendimentos sobre o que seja violência contra a criança.

Diante deste fato, os diferentes significados conferidos à infância e ao seu caráter protetivo devem ser contextualizados à época, ao serem comparados com o tempo atual; exemplificadamente é o que se denota na antiguidade clássica em que os pais e Estado decidiam se a criança viveria principalmente se nascesse defeituosa, assim como, no direito romano, em que se preocupava não com a criança e sim com os bens materiais a que estava relacionada.

A primeira identificação que se teve sobre a violência contra criança deu-se na década de 1860 constada por alguns médicos, dentre eles, o professor de medicina-legal, Ambroise Auguste Tardieu, o qual, no mesmo ano, em Paris, publicou o primeiro trabalho sobre a identificação das vítimas de violência, em que relatou os estudos de 32 casos de crianças vítimas de maus-tratos ou negligenciadas pelos pais, falecendo dezoito delas.

Em 1977, foram realizados estudos que consideraram a noção de abuso ligada a conceitos históricos, conceituam que o mesmo “é o ato ou omissão de indivíduos, instituições, ou sociedades como um todo, com as consequências que resultam desse ato ou omissão, as quais privam as crianças de iguais direitos sociais, econômicos e políticos, ou interferem em seu desenvolvimento sadio”.

A definição de abuso contra criança é ampla e complexa devido aos aspectos histórico, culturais e sociais em que o termo está envolvido. Clinaura Maria de Lima entende que o abuso sexual contra a criança não se trata somente de um “problema de gênero, tampouco entre pais e filhos, mas uma preocupação social, legal, psicológica e emocional”.

Ao analisar a obra “Abuso sexual de crianças: uma abordagem multidisciplinar”, de Tilman Furniss, Cristiane Andreotti Santos explica que a abordagem se apresenta como “um modelo de atendimento e compreensão multidisciplinar às situações de violência sexual

contra crianças, ressalta que a violência sexual é uma questão de direitos e de saúde mental”

Para Luciane Potter Bittencourt, conforme o significado etimológico, abuso sexual, significa “separação ou não uso normal”, sendo, portanto, o uso errado e excessivo de algo ou alguém abusar, seria o mesmo que ultrapassar limites, transgredir e denotar a noção de poderio.

As pertinências dos apontamentos feitos quanto à definição de abuso para identificar os atos sexuais contra criança alcançam tanto os danos psicológicos como os danos físicos, em que, embora os atos abusivos possam ser desprovidos de força física, geram danos psicológicos, configurando uma violência.

Nesse patamar, tanto a violação psicológica utilizada como primeiro passo para a satisfação sexual, no caso do abuso, quanto à violação física para a imediata satisfação sexual, no caso da violência, utilizam-se da mesma perversão e transgressão.

Tanto o abuso como a violência transgridam os mesmos limites que perfazem o conjunto de direitos inerentes a qualquer indivíduo humanamente reconhecido. A invasão, independentemente da maneira de fazê-la, contra a mente e os corpos usurpam a autonomia e a liberdade que se tem, por direito, sobre si mesmo, das vontades e desejos.

Quando essa liberdade e autonomia não são reconhecidas completa e conscientemente pela vítima, por estarem em processo de desenvolvimento físico e mental, no caso das crianças, as consequências são mais negativas e exigem mais atenção. Com a violação da liberdade da criança e com a invasão de seus corpos, o prematuro conhecimento sobre sexo e a falta de consentimento contribuem para que a violência ou o ato sexual seja embutido no desenvolvimento de sua sexualidade.

Segundo Cristiane Andreotti Santos:

*A opção pela escolha do termo **violência** em referência a ações de cunho sexual praticadas contra a criança, neste livro, localiza, de imediato, a temática em discussão no campo da Psicologia e do Direito, ou seja, a violência entendida como uma prática sexual traumática, que necessita ser estudada do ponto de vista psicológico, bem como uma prática ilegal, que fere a dignidade humana, sendo portanto, matéria de exame no campo jurídico. (itálicos da autora)*

Desse modo, ao considerar a correspondente associação entre os termos abuso e a

violência, optar por um termo ou outro não exclui ou diferencia suas causas e consequências. Desta feita, será adotado o termo violência por abranger tanto o abuso como a violência em si.

VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR

A violência sexual doméstica contra criança pode ser classificada como extrafamiliar e intrafamiliar. A extrafamiliar é praticada fora do âmbito doméstico e é cometida por alguém que não é membro da família, não possuindo relação de afetividade, responsabilidade ou consanguinidade, conhecida e consentida pela família, enquanto que na intrafamiliar a violência ocorre dentro do âmbito familiar, e o agressor é membro da família da criança ou íntimo da família, podendo ser pai/mãe (biológicos ou por afinidade), avós, tios e até mesmo tutores.

A violência sexual doméstica pode também ser classificada como incestuosa, entendendo-se por incesto “toda atividade de caráter sexual entre pessoas que tenham relação de consanguinidade, afinidade ou relação de responsabilidade do agressor pela vítima e cujas relações sexuais sejam desautorizadas por lei ou costume”.

Embora a violência intrafamiliar seja a mais comum, é pouco denunciada em razão de sua própria dinâmica. As possibilidades e causas para a perpetração frequente do abuso sexual infantil familiar são relevantes para que este acontecimento seja perceptivelmente constatado. Neste sentido, Luciane Potter Bittencourt explica que:

O abuso sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, meninos ou meninas é um fenômeno que atinge todas as classes sociais e pode ser descrito como toda situação em que uma criança e um adolescente é usado para gratificação sexual de outrem, envolvidos na relação de parentesco ou laço familiar, ou na relação de responsabilidade. Várias teorias (psicológicas, antropológicas) podem explicar, mas certamente o que leva ao abuso sexual intrafamiliar, e que, mantém o contexto abusivo, é o abuso de poder pela assimetria entre abusador e vítima.

De pertinência a observação de Velda Dobke quanto à análise das peculiaridades do abuso sexual intrafamiliar. A autora faz menção à função familiar da prática abusiva e ao desenvolvimento do processo abusivo, no qual inclui a síndrome do segredo e a síndrome da adição. Inicialmente, ao conceituar as duas espécies de abuso sexual infantil, o

intrafamiliar e o extrafamiliar, Dobke explica que:

Nos dois casos, a criança é utilizada pelo adulto, num verdadeiro processo de coisificação sexual da criança, para suprir suas carências; para ‘elaborar’ os traumatismos sofridos em sua própria família, maltrato em geral e/ou abandono e, no intrafamiliar, ela é utilizada para solucionar ou diminuir as consequências de conflitos com outros adultos da família, como a companheira, por exemplo.

Veleda Dobke remete-se à Furniss, autor da obra “Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar” na qual identifica como “Famílias Abusivas” aquelas em que ocorre a prática de abuso sexual, sendo classificadas em “Organizadas” e “Desorganizadas”.

Nas famílias abusivas organizadas, o abuso sexual ocorre como meio de evitar conflitos familiares e conjugais, elas têm a função de negar a tensão ou o desequilíbrio emocional ou sexual entre os pais e recebem essa denominação porque, aparentemente, o funcionamento entre elas é saudável, mas são famílias intrínsecas às rígidas regras morais.

Por outro lado, as famílias abusivas desorganizadas que praticam o abuso sexual têm como função não de evitar conflitos e sim de regular os conflitos, visto que o mal funcionamento familiar é percebido pela maioria. Há casos em que a mãe é corresponsável pela violência, incumbindo “à filha, obrigações conjugais, exigindo uma ‘quota de sacrifício’ para contribuir com a manutenção da família, ‘prendendo’ o homem provedor a esse núcleo”.

Ainda, conforme Velleda Dobke, o procedimento da prática abusiva possui três fases, a da sedução, interação sexual abusiva e a fase do segredo (Síndrome do Segredo). Na primeira fase, o abusador se utiliza da manipulação, incita a criança a participar de atos abusivos mediante brincadeiras; na segunda fase ocorre, paulatinamente, a interação abusiva, iniciando com comportamento exibicionista que acarretam atos sexuais mais evidentes, concomitantemente a esta fase ocorre a terceira, a fase do segredo e, conseqüentemente, surge a síndrome da adição. Nas palavras da autora:

A terceira fase, a do segredo, é concomitante à interação abusiva. O abusador sabe que está infringindo a lei e é dependente dos atos abusivos - síndrome da adição - o abusador é o adito, e a criança, a droga. Por isso,

faz tudo para que o abuso permaneça em segredo, de modo a permitir a “adição”. Assim, utiliza a ameaça, a mentira, incute na vítima sentimento de culpa, utiliza a chantagem e a manipulação psicológica.

No que tange ao procedimento para a revelação do Segredo, deve-se aqui ponderar o modo de intervenção, pois, a criança pode, com a intervenção inadequada, sofrer outro dano, tornando-se vítima novamente, desta vez pelo sistema legal. É o que se denomina por dano secundário, ou vitimização secundária.

Muitas vezes, interpreta-se mal o fato de a família e a criança manterem o segredo, por entender que, “se realmente existisse, pela gravidade que o fato encerra, teria sido revelado logo.” Diante de um problema complexo a solução que normalmente tende a dar certo se torna simplista devido a distância que se tem das causas e fatores originários desse mesmo problema.

Os motivos que levam a manutenção do segredo são causados por fatores externos e internos. Os fatores externos se devem pela: inexistência de evidência médica, ameaças contra a criança abusada e suborno, falta de credibilidade da criança e consequências da revelação; Os fatores internos são os psicológicos como a culpa, a negação e a dissociação.

A culpa, sob o aspecto legal, é somente do abusador, no entanto, no aspecto psicológico, a criança tem um equivocado senso de responsabilidade se sentindo culpada por ter participado, passiva e não iniciadora, da interação abusiva; O fator da negação, assim como a dissociação, é um mecanismo de defesa utilizada pela criança, no qual se distingue da mentira, pois, no sentido psicológico, na negação não se tem a consciência do fato abusivo, ao contrário da mentira; Quanto à dissociação, “a vítima separa o abuso sexual, fato real, dos sentimentos que ele gera, garantindo que as emoções causadas pelas situações traumáticas não interfiram em sua vida.”

Vale mencionar que a culpa está intimamente ligada com a vergonha que a vítima sente ao ser submetida a estímulos sexuais provocados pelo abusador. Como esses estímulos são prematuros e frequentemente desenvolvidos, algumas vezes faz com que a vítima se sinta excitada e chegue ao orgasmo, não por prazer, apenas por excitação, pois é tão somente uma reação fruto de estimulação mecânica.

No que se refere à síndrome da adição, entende-se que o abusador a utiliza como mecanismo para a continuidade do ato abusivo. Similarmente à Dobke, Bittencourt também

menção Furniss, o qual entende que “o abusador sabe que o está fazendo é errado, que comete crime, no entanto é conduzido pela condução e repetição”, transformando a criança em objeto de alívio de tensões, um instrumento de excitação. Neste sentido, Bittencourt salienta que:

A excitação do abusador - através da noção de saber o que faz é errado, do dano que causa à vítima, dos sentimentos de culpa e alívio – constitui o elemento aditivo central para a reiteração do abuso sexual. A excitação e o subsequente alívio sexual criam dependência psicológica do abusador pela criança ou adolescente e, paralelamente, a negação, da dependência.

Por isso, entende-se que a síndrome do segredo e a Síndrome da adição estão conectadas, nas quais se formam mecanismos que evitam a realidade ligada ao segredo, dificultando a revelação e a interrupção do abuso sexual, tal conexão pode ser encontrada também no abuso sexual extrafamiliar, quando o abusador é conhecido da família e repete o ato abusivo.

A violência sexual intrafamiliar se caracteriza como uma das mais graves violências cometidas contra crianças e adolescentes, principalmente porque se trata de uma situação complexa. Há, basicamente, dois fatores que contribuem para que essa gravidade perdure, um deles é a dependência econômica que a criança ou a família tem com relação ao abusador, e o outro fator, trata-se da sexualidade, a qual faz parte do desenvolvimento da própria criança.

Segundo Jorge Trindade, diferentemente da sexualidade adulta, a da criança está permeada de fantasias vinculadas a mecanismos inconscientes de desejos, as quais são essenciais para o desenvolvimento de um adulto saudável.

Conforme o autor seria saudável, por exemplo, na fase psicológica da infância, conhecida como “conflitiva Edípica”, a menina fantasiar que o pai é seu namorado, compreendendo um amor advindo de uma relação segura e confiável, devendo permanecer no campo da fantasia para que, posteriormente, a menina entenda a diferença existente entre ser pai e namorado.

O complexo de Édipo trata-se, portanto, de sentimento inconsciente que faz parte do desenvolvimento psicológico normal na fase infantil. Freud entendeu o complexo de Édipo como um sentimento de amor do filho com relação a um dos pais e o ciúme com relação ao outro, sendo eles os protagonistas naturais das primeiras fantasias sexuais dos filhos.

Em que pese à fase edípica fazer parte do desenvolvimento normal infantil, os desejos eróticos inconscientes, advindos do complexo de Édipo, não devem ser concretizados sob pena de a criança adquirir um aprendizado distorcido sobre a sexualidade. Porque para a criança, o pai que ocupava um lugar simbólico de segurança e confiabilidade passa a ocupar o lugar de namorado e marido, substituindo a criança no lugar genital da mãe.

Ademais, as repercussões da violência sexual submetem as vítimas a uma dificuldade de adaptação psico-social, como a adaptação afetiva, adaptação interpessoal e a adaptação sexual.

Apesar das negativas repercussões psicológicas advindas do abuso sexual, importante lembrar que a natureza humana, substancialmente complexa, não pode ser analisada por um viés simplista e determinista. As experiências e vivências influenciam no desenvolvimento humano, mas não de forma determinada, pois anularia a capacidade do exercício do próprio livre-arbítrio, inerente a todos.

Sob esse viés, àqueles que tenham sofrido algum fato traumático na infância, atribui-se a três modelos de funcionamento comportamental, os quais, segundo Trindade considera o modelo de continuidade homotípica aquele em que a vida adulta é consequência da vida infantil, no qual perpetua a violência. Por outro lado, com o modelo de continuidade heterotípica, a violência ou maus tratos não presumem distúrbios específicos na vida adulta, podendo apenas ocorrer algum tipo de comportamento disfuncional, cuja consequência negativa na vida adulta não configuraria necessariamente o caráter criminal.

Já com o modelo da não continuidade, a relação entre a violência e o resultado negativo permanece em nível apenas especulativo, as consequências dependerão dos ‘fatores de proteção’, sendo estes “fatores positivos que podem minimizar os efeitos do acontecimento pretérito sofrido na infância”.

Neste sentido, cumpre dizer que, apesar de a violência sexual familiar resultar em sérios danos físicos e psicológicos a criança, a extensão desses danos dependerá da vulnerabilidade da vítima, pois há crianças resilientes, capazes de superar adversidades e traumas, desenvolvendo comportamentos adaptativos e adequados. Assim, toda violência constitui um fato traumático às crianças, sofrendo cada uma delas consequências de formas

e intensidades variáveis.

ASPECTOS JURÍDICOS DOS CRIMES SEXUAIS INFANTIS

A concretização do conceito de criança como sujeito de direito se efetivou com o advento da Proteção Integral, doutrina predominante no Estatuto da Criança e Adolescente – Lei 8.069 de 1990.

O entendimento da necessidade da doutrina da proteção integral se iniciou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, reiterada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, e delineada na Convenção sobre Direitos da Criança, em 20 de novembro de 1989, em Genebra, ambas ratificadas pelo Brasil.

Apesar de o artigo 2º do ECA preceituara diferença entre criança e adolescente, sendo aquela até doze anos incompleto e este de doze até dezoito anos, a distinção é meramente técnica para fins de aplicabilidade de medidas sócio educativas. Pois, a proteção integral é ampla ideologicamente, a qual visa à proteção, a prevenção e assistência a todos os indivíduos que não concluíram dezoito anos.

A proteção integral abrange todos os âmbitos da vida dos menores de dezoito anos e, com tal característica, reporta-se à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à profissionalização, ao lazer e ao esporte. Uma das vertentes de sua efetivação está na assistência material e moral, referentes ao desenvolvimento físico e psíquico, dos quais se efetuam mediante alimentos, vestuário, medicamentos, habitação, etc.

Com a adesão do Brasil à Convenção Internacional, emergiu a atenção pelos direitos da criança e adolescente a nível constitucional, com a aprovação do artigo 227 da Constituição Federal, bem como a observância do artigo 5º da referida Carta Magna, em que prevê os demais interesses dos infante-juvenis sob a égide de normas que regem os direitos e princípios fundamentais de todos e quaisquer cidadão.

Constata-se no artigo 227 da Constituição Federal o princípio da cooperação, ao estabelecer de que é dever da família, da sociedade, do Estado e também da sociedade assegurar ao menor a sua proteção integral no qual viabilize a garantia de direitos e medidas preventivas para que lhes proporcionem segurança contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

As normas estabelecidas na Carta Magna e no ECA proporcionam uma conscientização coletiva de caráter político-social quanto às medidas preventivas e protetivas contra qualquer espécie de violência, especificamente as de caráter moral, psíquica e física.

Válido mencionar alguns artigos do Estatuto da Criança e Adolescente que visam à efetivação dessas medidas, como por exemplo, os artigos 5º e 18, que prescrevem o dever de todos zelarem pela proteção dos direitos fundamentais do menor – direito à vida, saúde, à convivência familiar e comunitária, bem como o dever da sociedade em velar pela dignidade da criança e do adolescente no combate à violência.

Ademais, o artigo 87, inciso III, refere-se a uma medida especial de proteção às crianças ao disponibilizar serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão. Importante lembrar que, conforme artigo 201, inciso VIII, cabe ao Ministério Público, no âmbito de suas atribuições e com prioridade absoluta, a função de aplicar e fiscalizar a efetivação do ECA.

Observa-se que a expressão “violência” estabelecida na maioria dos artigos do Estatuto, refere-se a um entendimento genérico e amplo. Aprevisão legal que pune quem pratica o crime ou violência de caráter sexual contra a criança está expressa no artigo 130 do ECA, em que indica quando a autoridade judiciária poderá agir cautelarmente, determinando o afastamento do agressor da moradia comum, quando constatada a hipótese de maus tratos, opressão ou abuso sexual imposto pelos pais ou responsável.

Para os objetivos do presente trabalho, carece, neste ponto, de uma breve abordagem sobre os crimes sexuais contra crianças e adolescentes sob o prisma jurídico. Os aspectos jurídicos relevantes, além do mencionado artigo 130 do Estatuto da Criança e Adolescente, serão tratados em alguns dispositivos do Código Penal.

Embora haja vertentes amplas e diferenciadoras no Código Penal sobre os crimes sexuais, principalmente ao tratar da tipicidade, elementos subjetivo, nexos causal, dentre outros, têm-se o intento de demonstrar os aspectos nocivos das condutas proibidas na vida das crianças e adolescentes. Desse modo, serão abordados somente os pontos principais de determinadas normas jurídicas que tratam dos crimes sexuais contra os infanto-juvenis, ante ao desígnio de evidenciar os reflexos do ilícito na vida das vítimas.

Preliminarmente, em que pese à reprovabilidade do Código Penal quanto aos crimes sexuais que violam a dignidade sexual e a liberdade sexual das crianças e adolescentes, respectivamente, não há no Brasil legislação específica que defina tal conduta como crime autônomo, quando diante de relação incestuosa ou abuso sexual intrafamiliar.

O Código Penal Brasileiro utilizou da circunstância de relação de parentesco e de autoridade como causa especial de aumento de pena. Conforme o inciso II do artigo 226 do Código Penal, o aumento da pena será de metade se existir, entre a criança e o agente, relação de parentesco ou de autoridade. Entre os agentes, menciona o dispositivo o ascendente, pai adotivo, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou pessoa que por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

Infere-se, que a lei penal considera sempre a posição do agente diante da criança. Tendo ele uma relação com a vítima, seja em razão da consanguinidade, seja da adoção, não o faz eximir do dever de assisti-la material e moralmente e ampará-la na criação e educação. Assim, coerentemente, o referido inciso II do artigo 226 equipara e abrange os irmãos germanos ou bilaterais com os unilaterais-uterinos ou consanguíneos.

Com relação à menoridade, o Código Penal prescreve duas disposições protetivas, previstas no §2º do artigo 213 e no artigo 217-A. A lei protege os maiores de 14 (catorze) anos e menores de 18 (dezoito) anos como forma de qualificação do tipo de Estupro, disposto no §2º do artigo 213 do Código Penal, com o aumento da pena de 6 (seis) a 10 (dez) anos para 8 (oito) a 12 (doze) anos. A manifestação legal confere a uma proteção mais firme em prol da vida sexual e do corpo da vítima a punir de maneira mais rigorosa quem estupra uma pessoa adolescente.

O relevante motivo da majorante preceituado no referido §2º do artigo 213 quanto à faixa etária entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos se relaciona com as consequências prejudiciais advindas da violência sexual, das quais repercutem em danos psíquicos à personalidade, ao comportamento, e a vida de um modo geral, bem como o risco de gravidez indesejada ou do contágio de doenças sexualmente transmissíveis.

Com relação ao artigo 217-A do Código Penal, ter relações sexuais, seja conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, configura o crime sexual “Estupro de Vulnerável”.

Entende-se que o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, como no caso do Estupro (artigo 213 do Código Penal), é a liberdade sexual violada através de ameaça, violência física ou moral diante da oposição da pessoa em não querer se relacionar sexualmente. O dissenso da vítima deve ser manifestado categoricamente, não restando dúvida sobre sua vontade.

No entanto, o entendimento sobre a violação da liberdade sexual nos crimes sexuais, prescritos no artigo 217-A, subsiste a uma questão mais complexa, devido à situação anímica que se encontra a pessoa em crescimento. A noção de ato sexual entendido por um adulto pode não ser, conscientemente, compreendido por uma criança, devido ao seu desenvolvimento incompleto.

Nesse sentido, seria incongruente exigir da criança a demonstração de uma induvidosa resistência contra um ato que ela própria desconhece ou, se conhece, não o compreende de forma consciente. Não compreender conscientemente o ato sexual, torna-a desprovida de um senso crítico, geralmente, próprio do adulto, conhecedor das regras legais e morais.

Sob esse aspecto, pelo fato de a criança ainda não ter a sexualidade desenvolvida e desconhecer moral e conscientemente um ato sexual, provavelmente desconheça também a liberdade e a livre disposição do próprio corpo e da vida sexual que pode escolher. Assim, nos crimes sexuais em que tem como sujeito passivo o menor de 14 anos, considerar, exclusivamente, a liberdade sexual como objeto jurídico tutelado seria ocultar outras necessidades de tutela da vítima.

Portanto, nesses casos, adequado o entendimento de que o bem jurídico protegido é a dignidade sexual da criança e não, meramente, a liberdade sexual, pois, além de ser inconcebível a violação da liberdade de quem ainda não pode determinar o próprio comportamento, mais do que a liberdade sexual, é violado também a integridade física, psíquica e moral de uma personalidade em desenvolvimento.

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso configura o tipo objetivo dos crimes de Estupro e de Estupro de Vulnerável. Os dispositivos determinam que o sujeito ativo do crime possa ser tanto a pessoa do sexo masculino como a do feminino, dependendo a modalidade do crime. Neste sentido, Aluizio Bezerra Filho elucida que:

Apenas a pessoa do sexo masculino pode ser autor do crime na modalidade de conjunção carnal, porque somente ele pode manter relação sexual com a criança do sexo feminino mediante a realização do coito, com penetração do pênis, órgão sexual masculino, na vagina, órgão sexual feminino. Na hipótese de ato libidinoso, tanto a pessoa do sexo masculino quanto a do feminino podem figurar como sujeitos ativos.

Superada a análise típica, iremos, no próximo passo, verificar como é o tratamento do crime sexual envolvendo criança e adolescente sob o enfoque interdisciplinar.

CRIME SEXUAL INFANTIL SOB O ENFOQUE INTERDISCIPLINAR

A abordagem interdisciplinar sobre o crime sexual infantil possibilita o entendimento amplo sobre o impacto negativo acarretado nas vítimas. As disciplinas da área humana serão consideradas em conjunto para análises legal e psicossocial dos traumas advindos da violência sexual, a fim de obter uma assimilação de como os profissionais, que integram o sistema legal, poderiam intervir de forma adequada na análise do crime, especificamente, quanto ao procedimento em que a vítima é submetida para o esclarecimento do fato delitivo, mediante testemunho e depoimento.

O tema ultrapassa o âmbito das disciplinas formalmente determinadas, sendo necessário um método aberto de pensamento para o entendimento do diálogo ou da confrontação das disciplinas entre si, possibilitando entrecruzar os diferentes âmbitos de disciplinas, como o social, a ciência, a política, a ética e a cultura, a fim de que se obtenham uma nova visão da realidade e o alcance das soluções de problemas complexos.

A problemática se concentra diante de questões relativas, principalmente, ao Direito de Família, em que a legalidade e subjetividade permeiam o litígio conjugal em face à criança, quando vítima de abuso sexual intrafamiliar. A complexidade é notória quando a denúncia de abuso sexual associa-se a suspeita de relação incestuosa, com o processo de alienação parental.

Desse modo, diante de denúncias de abuso sexual intrafamiliar, em que há suspeita de incesto, a busca pelos indícios e provas, que comprovem a ocorrência do ato, acarreta divergências entre profissionais de diferentes áreas do saber sobre as formas adequadas de se investigar e esclarecer a denúncia, visando ao alcançada verdade dos fatos sem causar danos psicológicos à criança.

A apuração da verdade dos fatos, no crime sexual intrafamiliar, encontra maior

obstáculo quando existe, concomitantemente à denúncia de abuso,o processo de separação conjugal, em que os conflitos entre os ex-cônjuges são infindáveis, devido, na maioria dos casos, à dificuldade de elaborarem adequadamente o término da separação. Nesse procedimento, a criança é vista como objeto de disputa em um cenário munido de conflitos, mágoas e vingança.

Por conseguinte, o progenitor que não consegue superar o término do relacionamento ou, se superado, mantém a inimizade ou rivalidade contra o outro progenitor, em virtude de ressentimentos ocasionados por frustrações pessoais, utiliza a criança para corromper a imagem do ex-cônjuge mediante diferentes estratégias.

O genitor guardião tem como objetivo dificultar o relacionamento e a manutenção do vínculo familiar ainda existente entre o genitor e a criança, fazendo com que a mesma o rejeite, seja mediante a obstaculização de visitas, chantagem emocional ou difamações contra o outro cônjuge. Tal conduta alienadora se mantém com o propósito de afligir o ex-companheiro,principalmente quando este demonstra o interesse de preservar o relacionamento com a criança.

Dessa maneira, mantém-se o vínculo que fora rompido de modo cáustico ou, até mesmo, doentio, caracterizando um ambiente prejudicial à criança em desenvolvimento devido ao carecimento e privação de vínculo afetivo sólido e verdadeiro com seus genitores.

A perpetração contínua de atitudes alienadoras por um dos pais submete o filho ao desenvolvimento da denominada Síndrome de Alienação Parental. No campo da saúde mental, a Síndrome de Alienação Parental“consiste em programar uma criança para odiar um genitor, sem motivo, de modo que a própria criança ingresse na trajetória de desconstrução desse genitor”;ademais, sob este entendimento, tal síndrome é considerada como uma forma de Coparentalidade Maligna cujo ódio, representado simbolicamente na conduta alienadora, manifesta-se como instrumento de desconstrução do Outro.

Vale mencionar que a existência da Síndrome de Alienação Parentalfoi constatada pela primeira vez em 1987, pelo psiquiatra infantil Richard Gardner, nos Estados Unidos. Posteriormente,difundida na Europa por F. Podevyn, despertando interesse na área da Psicologia Jurídica, sendo esta a disciplina resultante da intersecção entre as áreas da psicologia e do direito a fim de viabilizar a compreensão dos fenômenos emocionais

daqueles que se encontram num processo de separação conjugal envolvendo os filhos.

Sob a ótica jurídica, conforme artigo 2º da Lei 12.318 de 2010, que dispõe sobre a alienação parental, considera-se como a interferência abusiva na formação psicológica da criança ou adolescente para que repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculos com este.

Não obstante a lei não tratar do processo de alienação parental como patologia e sim, como forma de intervenção judicial, é necessário que o operador de direito identifique o sentimento patológico do alienador para que diferencie a real alegação da falsa denúncia. O autor alienador, normalmente, utiliza-se da falsa denúncia como mecanismo para manipular a justiça em face do alienado.

Geralmente, o guardião progenitor é o responsável pelas condutas alienadoras, vez que se aproveita da situação de proximidade com o filho para influenciá-lo na depreciação da imagem do progenitor não guardião. Isso faz com que cause uma confusão no imaginário da criança, concedendo espaço para construção de uma percepção fantasiosa sobre a pessoa do genitor, o que pode acarretar em falsas memórias para o filho e beneficiar o cônjuge alienador na falsa denúncia.

Assim, um dos efeitos da Síndrome culmina na falsa denúncia de maus tratos ou de abuso sexual, cuja ocorrência é notória na maioria dos casos em que a separação é conflituosa ou mal resolvida. As discórdias decorrentes do divórcio somado à dificuldade de diferenciar a função de cônjuge da função parental, após a separação, faz do rompimento conjugal o cenário propício ao advento de sentimentos patológicos, como a raiva, o ódio e o desejo de vingança, o qual estimula o genitor a denunciar falsamente o outro por agressões físicas ou abuso sexual.

Cumprido esclarecer que, embora a alienação parental, na maioria das vezes, seja o motivo propulsor da falsa denúncia, a mera suspeita da Síndrome não é requisito determinante para atribuir falsidade às denúncias. Em contrapartida, com a confirmação do diagnóstico da alienação parental, fica afastada a denúncia de abuso sexual em face do alienado. Igualmente, a constatação de real abuso desconsidera a Síndrome e, conseqüentemente a falsa denúncia, porque a imputação contra o alienado se torna verídica.

À vista disso, a pouca probabilidade da alienação parental e o abuso sexual coexistirem se deve ao fato de que, para iniciar uma relação incestuosa ou manter o crime

sexual intrafamiliar, o abusador se dispõe a um ambiente propício para o procedimento da prática abusiva, na qual se observa a própria Dinâmica do Abuso Sexual Intrafamiliar. Assim, os sintomas da alienação parental por gerar um afastamento sentimental e aversão à presença do alienado, descaracterizam o ambiente favorável ao procedimento do incesto.

Apesar de ser pouco provável a existência simultânea da Síndrome e do abuso, há grandes possibilidades de se confundir os sintomas de ambos e, concluir, equivocadamente, os diagnósticos. Por isso, faz-se necessário saber diferenciar a alienação do abuso.

Não é absoluta a afirmação de que as falsas memórias sempre são consequências ou estão correlacionadas com a situação de alienação. Elas podem ou não existirem, porquanto depende do comportamento alienador, sendo “implantadas” na memória da criança. Segundo a advogada Mônica Guazzelli:

O que se denomina de *Implantação de Falsas Memórias* advém, justamente, da conduta doentia do genitor alienador, que começa a fazer com o filho uma verdadeira ‘lavagem cerebral’, com a finalidade de denegrir a imagem do outro – alienado-, e, pior ainda, usa a narrativa do infante acrescentando maliciosamente fatos não exatamente como estes se sucederam, e ele aos poucos vai se ‘convencendo’ da versão que lhe foi implantada. O alienador passa então a narrar à criança atitudes do outro genitor que jamais aconteceram ou que aconteceram de modo diverso. (destaque nosso)

140

Válido mencionar que o surgimento das falsas memórias se dá, basicamente de duas formas. Uma delas se deve a relatos de fatos inverídicos esquecidos por um longo tempo e depois recordados; a inautenticidade dos fatos são erros atribuídos à própria memória ou implantadas por sugestão de um terceiro, ocorrendo uma distorção do real evento episódico.

Outra forma pela qual pode ocasionar o surgimento da falsa memória se relaciona com a sugestibilidade, que pode ser considerado um manuseio específico com que o genitor alienador se utiliza para operacionalizar a implantação de fatos falsos na memória da criança.

Como a implantação de falsas memórias sobrevém de influências externas e se internaliza na mente do sujeito, acarreta-lhe uma estrutura de lembranças episódicas detalhadas, a qual, dificilmente há descrédito quanto à veracidade.

Por conseguinte, para não sujeitar alguém a injusto pré-julgamento diante da alegação de abuso sexual, não se pode descartar a suposta falsa denúncia, mesmo que haja indícios de alienação parental, até que o caso seja criteriosamente analisado e esteja seguramente diagnosticado. No entanto, diferenciar os sintomas com os critérios específicos de cada caso é um procedimento complexo, dependendo do estágio de enfermidade da criança ou conflitualidade dos pais.

Sendo assim, pertinente estipular alguns critérios de diferenciação para diagnosticar casos de abuso sexual e Síndrome de Alienação Parental, e compreender conjuntamente os comportamentos de um genitor alienador e as possibilidades de identificar se o relato da suposta vítima de abuso sexual é proveniente de um evento existente ou de uma implantação de memórias.

Com o intuito de viabilizar os diagnósticos de abuso sexual e de Síndrome de Alienação Parental, Jorge Trindade se baseou em cinco critérios de diferenciação, estabelecidos por François Podevyn, os quais se referem: a) As recordações dos filhos; b) a lucidez do genitor; c) A patologia do genitor; d) As vítimas do abuso e, por fim, o momento do abuso.

Salienta-se que a tentativa de diagnosticar o abuso sexual não se ocupa somente da análise das denúncias com base nos cinco critérios de diferenciação, mas, sobretudo da averiguação dos fatores comportamentais da criança. Alguns desses fatores se relacionam com os efeitos negativos do abuso sexual, dos quais se observam: a presença de indicadores sexuais; transtornos funcionais; desordens emocionais, como o sentimento de culpa, sintomas depressivos, baixa autoestima, choro sem motivo e, até mesmo, tentativa de suicídio.

Importa lembrar que não obstante a coesão seja uma das características nítida das explicações científicas, nem sempre seus resultados em exame são indubitavelmente concludentes. A ciência transfere os dados para análise objetiva dos fatos, no entanto, quando diante do relato ou depoimento de uma criança detentora de sentimentos impressos de determinado trauma, a exatidão da narrativa nem sempre se coaduna com a coerência das teorias científicas.

Desse modo, não raras vezes, a vítima, ao lidar com o trauma prematuramente no âmbito familiar, adota uma conduta ambivalente. Num momento emite vestígios de que

precisa de ajuda, em outro, por sentir medo e culpa, cede à imposição do silêncio, seja por um bloqueio instigado pela incompreensão do significado do ato abusivo, seja pelo sentimento de deslealdade pelo pai que lhe aflora devido ao conflito que lhe gera. E, por isso, há instantes que retira o que diz.

Ademais, a mudança do relato se deve à noção de que haja dois compartimentos mentais na criança vítima de abuso sexual. É como se a criança soubesse da violência e, mesmo assim, tentasse negar essa realidade. Nas palavras de Jorge Trindade:

Outro ponto que dificulta a elucidação do abuso sexual infantil é a mudança nos relatos e nas atitudes da criança. A criança abusada parece ter dois compartimentos mentais: uma espécie de dissociação promove uma divisão entre uma parte que sabe da agressão, que se reconhece como vítima e odeia seu agressor, e outra que tenta negar a realidade para poder sobreviver ao abuso. Isso vulnerabiliza o relato do abuso, pois, em alguns momentos a criança pode sentir-se segura para confiar e revelar os fatos tal como aconteceram, mas, em outros, ela regride à culpa e sucumbe à insegurança e ao medo de não ser compreendida.

Diante da dificuldade em elucidar o relato infantil ante ao abuso, resta demonstrado que transferir unicamente à criança a tarefa de revelar o fato abusivo é o mesmo que responsabilizá-la pela veracidade de uma situação incompreensível até mesmo para si própria. Denota-se assim, a necessidade de avaliar acuradamente os fatores relacionados não somente à vítima no que tange ao seu relato e suas características comportamentais, mas, igualmente, os relacionados ao seu ambiente de modo geral.

Desse modo, o atendimento interdisciplinar confere a importância da avaliação psicológica no âmbito jurídico, da qual surge uma relação comunicacional entre o Direito e a Psicologia, já que ambas as ciências tratam da conduta humana. Enquanto a Psicologia procura alcançar a compreensão do comportamento humano, o Direito busca legitimar este comportamento ao prescrever formas de solução de conflitos. Sob a ótica finalística, todos os ramos do saber convergem no ser humano, o que possibilita compartilhar o mesmo objeto de estudo.

Deste ponto de vista, a intersecção entre as duas ciências visa a complementariedade do direito tendo como auxílio a psicologia, tornando-se uma “psicologia *para* o direito” como a Psicologia Jurídica. Segundo Jorge Trindade, a psicologia jurídica não é a soma de ambas as ciências ligadas por um objeto comum, e sim um âmbito complexo, efeito da

transdisciplinaridade, assim, adequadamente a define:

A psicologia jurídica é a psicologia que ajuda o direito a atingir seus fins. Trata-se de uma ciência auxiliar do direito, e não aquela que o questiona, nem aquela capaz de o interrogar. (...) Por isso, a psicologia jurídica, a psicologia *para* o direito, tem-se mantido afastada da questão dos fundamentos e da essência do direito. A verdade é que a psicologia jurídica não está autorizada a pensar o direito, ou não é apropriada para esse fim. Ela deve ater-se à norma e tão somente a norma, descabendo-lhe qualquer exame acerca de sua justiça ou injustiça.

Procura-se, assim, extrair do cerne do problema significativos indicadores para o esclarecimento da verdade e preservar simultaneamente o interesse da criança, sendo esta o centro essencial de proteção. Ao abordar a vítima de modo menos inquiridor, com uma linguagem informal da qual ela se sinta confortável em estabelecer uma comunicação, terá o seu direito de ser ouvida e acreditada, sendo reconhecidos como sujeito de direitos.

Para que o atendimento interdisciplinar seja realizado através da tomada de depoimento especial da criança é preciso de um suporte estrutural técnico, bem como de capacitação tanto para os operadores de Direito como para os profissionais da área de saúde. O preparo é essencial para que a tomada de declaração infantil seja realizada de modo a preservar a proteção da criança, e impedir que ocorram danos psicológicos advindos de uma abordagem inadequada capaz de reproduzir danos secundários, reconhecidamente como vitimização secundária ou revitimização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado esclarece a dificuldade que os operadores de direitos possuem em ouvir crianças abusadas sexualmente, necessitando de conhecimentos específicos sobre a dinâmica do abuso sexual infantil e de um ambiente propício para a realização da colheita de seu depoimento na esfera judicial.

É de suma importância compreender o processo abusivo vitimizatório para a efetiva diferenciação entre os relatos acerca de abuso sexual e os que forem efeitos da “Síndrome de Alienação Parental”, visto que os aspectos comportamentais e psicológicos podem ser confundidos.

Diante das observações arguidas no decorrer do trabalho e, considerando o problema analisado quanto à veracidade da elucidação dos fatos mediante o relato das

crianças vitimizadas sexualmente, verifica-se que a psicologia jurídica exerce relevante função no âmbito da vitimologia, mormente quando se trata de abuso sexual infantil, onde aspectos psicológicos devem ser analisados sob critérios específicos.

É consentânea a busca de soluções dentro da ordem jurídica no intuito de adequar o formalismo legal às medidas especiais de proteção das vítimas crianças e adolescentes. Observa-se, no entanto, que a mudança do método investigatório processual deve acontecer conjuntamente com a conduta inquisitorial dos agentes que executam o método.

REFERÊNCIAS

APASE. Associação de Pais e Mães Separados. **Comparação dos sintomas da alienação parental com os sintomas de abuso sexual**. Disponível em:

<<http://www.apase.org.br/94009-comparacao.htm>> Acesso em 8 de junho de 2015.

AZEVEDO, Maria Amélia. Capítulo 4. Consequências psicológicas da vitimização de crianças e adolescentes. in: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Orgs.). **Crianças Vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. 2ª ed. São Paulo: Iglu, 1989.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Crimes Sexuais**. 2ª ed. (ano 2010), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1978.

BITENCOURT, Luciane Potter; BITENCOURT, Cezar Roberto (Orgs.). **Depoimento Sem Dano: por uma política de redução de danos**. Rio de Janeiro, 2010.

BITENCOURT, Luciane Potter. **Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar: por uma política pública de redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e o Mito da Família Feliz**. in: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. 2. Ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DOBKE, Velea. **Abuso Sexual: A Inquirição Das Crianças – Uma Abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental:

inocente, vítima ou sedutora? in: DIAS, Maria Berenice (Coordenadora). **Incesto e Alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. 2. Ed ver., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUAZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. in: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. 2. Ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KOSOVISKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor; ROITMAN, Riva (Orgs.). **Estudos de Vitimologia**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2014.

LIMA, Clinaura Maria de. **Infância ferida**: os vínculos da criança abusada sexualmente em seus diferentes espaços sociais. 1ª ed. (ano 2009), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 29.

LISBÔA, Antônio Marcio Junqueira. **A primeira infância e as raízes da violência**. Brasília: LGE Editora, 2006.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos** – O Processo Penal Sob A Perspectiva Da Vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimdt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

SANTOS, Cristiane Andreotti. **Enfrentamento da revitimização**: a escuta de crianças vítima de violência sexual. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 7. Ed. ver. Atual. e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. in: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. 2. Ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.22.

CONVERGÊNCIAMARGINAL: NOÇÕES DE CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA DISCOGRAFIA DE BEZERRA DA SILVA

Andreza Cristina MANTOVANI¹⁴

Luiz Rosado COSTA¹⁵

RESUMO

O sambista Bezerra da Silva (1927-2005), em sua vasta produção musical, apresentou, pelo ponto de vista das classes sociais subalternas e em linguagem coloquial, contundentes críticas ao sistema penal vigente no Brasil, críticas estas, que se coadunam com aquelas produzidas no ambiente acadêmico, pelos adeptos da Criminologia Crítica. O trabalho analisa de que forma conceitos acadêmicos, relacionados à Criminologia Crítica, encontram-se presentes em suas canções, e apresenta a visão dos marginalizados, clientela potencial do sistema penal, sobre o próprio sistema e suas mazelas, e que encontram na música um instrumento de contestação aos estereótipos utilizados para a criminalização da pobreza. O texto ventila, ainda, questionamentos sobre o modo pelo qual o medo dos excluídos serve como elemento corrosivo da solidariedade social e da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: criminologia crítica; criminalização da pobreza; Bezerra da Silva

SINTESI

Il cantante di “samba” Bezerra da Silva (1927-2005), nella sua vasta produzione musicale, ha presentato il punto di vista delle classi sociali più basse nel linguaggio colloquiale, aspre critiche al sistema criminale brasiliano, che sono coerenti con quelle realizzate in ambito accademico da teorici della criminologia critica. Questo articolo analizza come i concetti accademici relazionati con la criminologia critica sono presenti nelle sue canzoni ed presenta la visione dalle classi inferiori - potenziale clientela del sistema penal e che hanno la musica come strumento di contestazione delle *stereotipi* utilizzati per la criminalizzazione della povertà - sul sistema penal contenuta nelle lettere. Si indaga anche nel testo su come il timore di esclusi serve come corrosivo della solidarietà sociale e della democrazia.

PAROLE CHIAVE: la criminologia critica; criminalizzazione della povertà; Bezerra da Silva

INTRODUÇÃO

A temática dos estereótipos do crime e do criminoso, do local do crime e da associação da pobreza com a criminalidade mereceu, nos tempos recentes, grande atenção da Sociologia e da Criminologia, esta, especialmente, em seu viés crítico, que buscou desconstruir o mito da igualdade do Direito Penal ao demonstrar como se dá a

¹⁴

Mestra em Ciência Jurídica pela UENP e Docente da Faculdade Cidade Verde.

criminalização da pobreza.

Paralelamente aos acadêmicos, o sambista Bezerra da Silva gravou em sua vasta discografia (1975-2004) canções de autores populares que fazem as mesmas críticas ao sistema penal, mas sob o viés das classes subalternas, oriundas dos “locais de crime”, principalmente a favela, e criminalizadas pelos estereótipos que as colocam como autores e suspeitos naturais de delitos.

Inicialmente verifica-se como as músicas que tratam dos crimes de colarinho branco coadunam-se ao pensamento de Edwin Sutherland para em seguida verificar como o mito da igualdade do sistema penal é desconstruído na obra “criminologia crítica e crítica do direito penal” de Alessandro Baratta e nas músicas “Se Leonardo dá 20” e “Foi o Dr. Delegado que disse”. Em sequência faz-se uma abordagem sobre o “local do crime”, o fomento ao etiquetamento do morador de periferia e o medo do “outro” como elemento deletério da democracia.

Fez-se assim um estudo comparativo entre os textos acadêmicos com as letras de alguns sambas gravados por Bezerra da Silva a fim de se verificar a existência de uma uniformidade crítica entre o popular e o acadêmico ao sistema penal e sua seletividade.

147

BEZERRA DA SILVA E EDWIN SUTHERLAND: OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

A temática dos crimes de “colarinho branco” (“white-collar crimes”), termo criado pelo sociólogo americano Edwin Sutherland para classificar os crimes praticados “pela classe superior ou de colarinho branco, composta de respeitáveis ou respeitados homens de negócios e profissionais” (1940, p. 1, tradução nossa), e do impacto destes crimes junto à população marginalizada, é bastante recorrente nas canções gravadas por Bezerra da Silva.

Na música interpretada pelo sambista evidencia-se a comparação entre a gravidade dos crimes de colarinho branco com os crimes cometidos pela clientela do sistema penal (criminosos “comuns”), que é situada como a vítima de uma “elite selvagem e marginal”, sintonizando-se Bezerra da Silva, ainda que inconscientemente, com o pensamento de Sutherland, conforme demonstram os trechos abaixo transcritos:

Os ladrões de gravata viraram o meu Brasil pelo avesso
Pegaram bilhões de dólar emprestado
E nós é que vamos pagando alto preço
E todo o povo que está à beira da miséria
Na revanche eu peço uma partida mais séria com Deus de juiz pra não ter
proteção
E só assim Nosso time derrota essa seleção de tubarão
(DO PONTO CHIQUE; PINGA; AMARAL: 1992)

Foi aí que o chifrudo chefe deu aquela explicação
Lá na justiça da terra
Vocês não devem nada a ninguém
Porque a lei dos homens é somente aplicada
Em cima daqueles que nada tem
Mas a justiça divina
Não tem jeito de enganar
Nem o poderoso dólar dos senhores
Lá não consegue subornar
(BUTINA; MENINÃO: 1989)

Dólar na Suíça, mansão beira-mar,
seu nome é corrupção, p'ra quê trabalhar?
(...)
Roubou o dinheiro do povo e vive na tranquilidade
sua sorte é que você vive no País da impunidade.
(BARROS FILHO; SANTOS: 1995)

148

Nos trechos acima, extraídos das letras de “A vida do povo”, “O sonho do operário” e “Malandro moderno”, podemos observar que, além do evidente contraste de “poderes”, são abordadas questões urgentes como a impunidade, a que Alessandro Baratta refere como “zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente para as classes subalternas” (2002, p. 167), o que, nos dizeres de Sutherland (1940, p. 9, tradução nossa) decorre justamente desta discrepância entre o poder das vítimas e dos criminosos de colarinho branco: “por causa desta diferença, no poder comparativo das vítimas, os criminosos de colarinho branco gozam de relativa imunidade”.

Outras letras – várias – também buscam desmistificar assuntos relevantes para a ciência criminológica, desconstruindo a equivocada (e simplista) relação entre pobreza e criminalidade, que Sutherland (1940, p. 12, tradução nossa) ataca sempre, demonstrando

que tal relação é baseada em amostras estatísticas contaminadas, que não levam em consideração os crimes cometidos pelas classes sociais mais elevadas:

As teorias dos criminólogos de que o crime é devido à pobreza ou a condições psicopáticas ou sociopáticas estatisticamente associadas à pobreza são inválidas porque, primeiro, elas são derivadas de amostras que são manifestamente tendenciosas no que diz respeito ao *status* socioeconômico; Segundo, elas não se aplicam aos criminosos de colarinho branco; e terceiro, elas sequer explicam a criminalidade das classes mais baixas, uma vez que os fatores não estão relacionados a um processo geral característico de toda criminalidade.

Como elucida Becker (2007), ao sintetizar as críticas de Sutherland:

O raciocínio impecável de Sutherland era que, se decidíamos não incluir os crimes cometidos por pessoas ricas e empresas ao calcular nossas correlações, assegurávamos o resultado de que o crime estava correlacionado a pobreza e tudo que a acompanha (...) Não tínhamos um achado empírico, mas um artefato criado por definição.

149

Alessandro Baratta observa, por seu turno, que os preconceitos e estereótipos direcionam a repressão penal, levando tanto as instâncias de controle e repressão (polícias), na fase investigatória, quanto as instituições punitivas (sistema judiciário penal de processamento, julgamento e execução das penas) a “procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la” (2002, p. 176-7), ao passo que Bezerra, agudamente consciente destes estereótipos, quando canta “Sou favela” (DA PORTELA; MOSCA: 1992), por exemplo, confronta a visão “etiquetada” da favela como reduto de *marginais*, para apresentá-la enquanto lugar de *marginalizados*:

A favela, nunca foi reduto de marginal
Ela só tem gente humilde marginalizada
e essa verdade não sai no jornal
A favela é um problema social

Na mesma linha, temos a letra de “Preconceito de cor” (MARTINS; NAVAL: 1987)

em que o eu-lírico afirma que “somos crioulos do morro, mas ninguém roubou nada”. Aqui, a conjunção adversativa “mas” contrapõe a situação de favelado com a presunção de autor de delito, o que se afina com a seletividade do sistema penal, que coloca tal sujeito como suspeito/autor “natural”, valendo como explicação antecipada ao julgamento que as populações da periferia sempre recebem, de que muito possivelmente sejam, elas, as responsáveis pelo crime e pela violência. Bastante convergente, pois, o estudo da Criminologia Crítica, e a fala espelhada nas letras cantadas pelo sambista Bezerra da Silva.

A DESCONSTRUÇÃO DO MITO DA IGUALDADE EM BEZERRA DA SILVA E ALESSANDRO BARATTA

A crítica contundente de Alessandro Baratta, no seu “Criminologia crítica e crítica ao direito penal”, desconstitui o mito de que o direito penal trata a todos igualitariamente, referindo-se a este como “o direito desigual por excelência” (p. 162). Desta forma, o sistema penal de controle do desvio demonstra, como todo o direito burguês, “a igualdade formal entre os sujeitos de direito e a desigualdade substancial entre os indivíduos” – o que, neste caso, se manifesta “nas chances de serem definidos/controlados como desviantes” (p. 164).

Nesta seara, é interessante observar as letras de “Se Leonardo dá 20”(MARTINS: 1999) e de “Foi o dr. Delegado que disse” (PINGA: 1984). Na primeira, é narrada de forma original a reação, diametralmente oposta, do sistema penal (criminalização secundária), a dois personagens, o narrador-personagem (“pobre e favelado”) e Leonardo (“rico, poderoso”), acusados do mesmo delito: tráfico de drogas (à época o então art. 12 da Lei 6.368/76), evidenciando-se a diversidade de resposta do sistema repressivo-punitivo, pelo mesmo crime, quando diante se trata do infrator abastado e influente, em contrapartida ao marginal pobre, morador da periferia.

Se Leonardo dá vinte doutor
Por que é que eu não posso
dar dois?
(...)
Leonardo é Leonardo
Me disse o doutor
Ele faz o que bem quer
E está tudo bem

Infelizmente é que
Na lei dos homens
A gente vale o que é
E somente o que tem
Ele tem imunidade pra dar
Quantos quiser
Porque é rico, poderoso
E não perde a pose
E você que é pobre, favelado
Só deu dois
Vai ficar grampeado no 12.

Já nos versos de “Foi o dr. Delegado que disse” temos a narrativa da dificuldade de um delegado de polícia, em efetuar/manter a prisão em flagrante, quando quem comete o desvio não se enquadra no estereótipo esperado da clientela do sistema penal, por ser “boa pinta”, “filho de bacana” ou relacionado com autoridades (“costa quente”; “filho de um coronel”). No caso da letra da citada música, a reação do sistema não se volta contra o desviante, mas contra o próprio Delegado, que não pode frustrar a lógica da seletividade, “enquadrando” um sujeito que não corresponde ao suspeito-padrão, sem sofrer as consequências:

Foi o doutor Delegado que disse
Ele disse assim, está piorando
Até filho de bacana, hoje em dia está roubando
E na semana passada quase perdi a patente
Só porque grampeei um rapaz boa pinta
Em Copacabana botando pra frente
Deu um flagrante perfeito mais o meu direito foi ao léu
O esperto além de ter a costa quente
Ainda era filho de um coronel

Interessante observar que a canção dr. Delegado que disse aparece no disco “é esse aí que é o homem” (DA SILVA: 1984), cuja capa mostra o próprio Bezerra da Silva, negro, acuado, sendo preso pela polícia por indicação de um jovem branco e bem-vestido, numa clara metáfora a todo o sistema penal e sua seletividade.



SOBRE O “LOCAL DO CRIME”, O FOMENTO AO ETIQUETAMENTO DO MORADOR DA PERIFERIA E O MEDO DO OUTRO COMO ELEMENTO CORROSIVO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL E DA DEMOCRACIA

A temática do malandro com elemento “desviante”, na obra de Bezerra da Silva importa, ainda, ao discurso criminológico, na medida em que a identificação da periferia como “local do crime” é uma constante de sua poesia cantada.

A fusão ente o indivíduo pobre, morador da favela, das zonas periféricas da cidade (“marginais”), notoriamente carente de tudo o quanto o Estado lhe nega, e aquele sujeito que vai, “mais cedo ou mais tarde”, praticar o crime, aparece também na fala dos autores que trabalham com a apropriação/aceitação, pelo indivíduo já estigmatizado pela pobreza, da posição *delinquente* como o cumprimento de um vaticínio, do que é esperado de “gente como ele”, como se o determinismo fosse, de fato, inescapável.

Conforme observa Alexandre Werneck (2014) ao comentar a ascensão da *labeling theory*:

Depois de Tannenbaum – e de alguns trabalhos influenciados por ele –, o próximo passo para a ascensão da *labeling theory* viria com Edwin

Lemert, da Universidade da Califórnia. Seu *Social Pathology*, de 1951, propunha, por meio do modelo geral chamado “resposta societal” (...) que o comportamento desviante devia ser pensado como fenômeno composto por etapas que permitiam distinguir dois tipos de desvio: os primários, em que os atores praticam atos considerados desviantes sem que reconheçam em si uma caracterização desviante; e os desvios secundários, que têm lugar quando uma pessoa começa a empregar seu comportamento desviante ou um papel nele baseado como defesa, ataque ou ajustamento aos problemas (...) gerados pela consequente reação societal a ele.

Assim, segundo Lemert (2012, *apud* WERNECK, 2014), a reação ao etiquetamento social de desviantes segue uma sequência que culmina no reforço e aceitação desse *status*:

Desvio primário; (2) penalidades sociais; (3) novos desvios primários; (4) penalidades mais severas e rejeições; (5) ainda mais ações desviantes, talvez com hostilidades e ressentimentos começando a se concentrar naqueles que produzem a penalização; (6) alcance do quociente de tolerância da crise, expressado em uma ação formal de estigmatização do desviante por parte da comunidade; (7) reforço da conduta desviante como reação à estigmatização e às penalidades; e (8) aceitação final do *status* social do desviante e ações de ajustamento nas bases de seu papel associado a esse *status*.

153

Deste modo é possível aferir, nas canções gravadas por Bezerra da Silva, diversas alusões ao reforço/aceitação da conduta desviante como reação ao processo de estigmatização, conforme aduzido por Lemert, o que, na letra do samba, se dá por meio do enaltecimento da figura do “malandro”. A letra de “Malandro rife” exemplifica bem a aceitação do estigma ao celebrar o malandro “de primeira”:

O malandro de primeira
Sempre foi considerado
Em qualquer bocada que ele chega
Ele é muito bem chegado
E quando tá caído não reclama
Sofre calado e não chora
Não bota culpa em ninguém
E nem joga conversa fora

Quem fala mal do malandro
Só pode ser por ciúme ou despeito
Malandro é um cara bacana
Homem de moral e de respeito
O defeito do malandro
É gostar de dinheiro, amizade e mulher

Malandro tem cabeça feita
Malandro sabe o que quer

Na narrativa de “Bicho feroz”, por sua vez, é exposta a situação desfavorável, dentro do sistema penal, daquele que não é “malandro” e, por essa razão, acaba tendo que lavar a roupa da “malandragem” e se submeter às sevícias sexuais dos que o são, o que, por derradeiro, leva a conclusão de que ostentar a “malandragem” é muito importante para sobreviver relativamente bem no interior das instituições penais:

Você com revólver na mão é um bicho feroz
Sem ele anda rebolando e até muda de voz
É que a rapaziada não sabe
Quando você entrou em cana
Lavava a roupa da malandragem
E dormia no canto da cama
(...)
Acha bonito ser bicho solto
Mas não tem disposição
Quando entra em cana novamente
Vai passar lua de mel outra vez na prisão

154

Na referida letra de música podemos observar, ainda, paralelamente, uma crítica ao sujeito que, fora da prisão, porta arma de fogo e é tido como avalentado e violento e, dentro da prisão, é forçado a mudar o padrão comportamental, submetendo-se aos outros presos. Muda o ambiente, mudam os códigos e o indivíduo que porta-se com agressividade, para sobreviver, tem de “dobrar-se” a outros, mais experimentados e (normalmente) mais agressivos, introjetando as regras do ambiente prisional.

Em “Os direitos do otário” (1000tinho: 1986), por sua vez, o malandro é apresentado como o sujeito detentor do poder na comunidade, aquele que conhece “a barra pesada”, i.e., os outros desviantes e etiquetados e sabe como lidar com esta realidade, ao passo que o seu opositor (o “otário”), “só tem dois direitos” e não pode reclamar:

Quem fala alto é malandro
Que conhece a barra pesada
Otário só tem dois direitos
Tomar tapa
E não dizer nada

A aceitação do estigma, além do cumprimento do vaticínio sobre a adesão ao discurso e ao papel de criminoso, ainda faz com que o indivíduo colabore, involuntariamente, com a seletividade do sistema penal, como nos adverte Zaffaroni (1991, p. 134):

Ao assumir o papel demandado pelos órgãos penais, o indivíduo converte-se em importante colaborador para a manutenção do sistema penal. Sem a contradição derivada deste comportamento condicionado, o sistema penal não seria uma ilusão, mas uma alucinação muito mais difícil de ser provocada.

Verifica-se, assim, que o enaltecimento da figura do “malandro” faz com que haja, ao mesmo tempo, um reforço de seu *status* (dentro do grupo) e um reforço do estigma (exteriorizado), que seria “justificado” empiricamente com base nos desvios decorrentes da busca do *status*.

Não é difícil identificar, ainda, como o fomento da imagem da favela como o *local do crime* reforça o *medo social*, enquanto repulsa e inevitabilidade – nem sempre consciente – do contato com o outro, se o outro for proveniente de determinados bairros da cidade ou de certos extratos sociais, porque destes locais e destas pessoas o conflito com a lei parece mais certo e, até, previsível.

O medo do outro é um elemento relevantíssimo quando nos propomos a abordar a fala criminológica, posto que o “etiquetamento”, de que nos fala Foucault, sobrevém, muito, da *sensação de insegurança* que experimentamos na vida coletiva, e que produz afastamento e esgarçamento dos laços sociais, fazendo com que as pessoas tendam a alijar o outro como constante ameaça à paz e ao bem-estar.

A identificação do pobre, do fraco, do marginalizado, como arquétipo do inimigo social é tão antiga quanto a sociedade ocidental. Trata-se de um dos discursos mais perigosos e violentos que se possa fazer contra os indesejáveis, fomentando a beligerância e extermínio étnico, bem como vem alavancando o discurso do ódio e do preconceito que assola as sociedades na pós-modernidade.

Na problemática do “medo do outro”, impende considerar que, na sociedade atual ocorre um saudosista retorno à ideia do contrato social quando se *toca* o chamado *direito penal do inimigo*, formulado por Günter Jakobs nos anos 1980 (JAKOBS; CANCIO

MELIÁ, 2006, p. 25), e que, embora não seja o foco do presente trabalho, certamente faz parte do mesmo universo temático.

A ideia do *ódio* e do *medo*, tendo como pivôs o *inimigo* do sistema, da lei, propondo um modelo de exceção e o completo alijamento do outro, causador do desconforto, é zona de intersecção entre o objeto central do presente estudo e o explorado pelo teórico alemão.

Para ilustrar a questão, tomemos a segurança privada, panaceia dos males da sensação de insegurança cotidiana nas grandes cidades brasileiras. Como se norteia a atuação dos grupos de segurança não-pública? De que forma se dá, ostensivamente, o patrulhamento do espaço urbano, notadamente, do entorno de condomínios de alto padrão e de outras zonas urbanas em que as empresas de segurança privada atuam?

De fato, é irretorquível que, para que a segurança privada possa, efetivamente, salvaguardar os bens e valores pessoais daqueles que acorrem aos seus préstimos, é consectário lógico que exista, antes, uma natural e necessária “identificação de alvos” de controle, de modo que as regiões periféricas das cidades- e a população que habita estas faixas urbanas -, quase que automaticamente são selecionadas como *local* de onde o crime parte e como *grupo* que supostamente capitaneia a violência disseminada (e não locais onde o crime *acontece* e pessoas vítimas de violência). (AMARAL, 2010, p. 35).

A identificação da criminalidade, sobretudo a violenta, com as populações marginalizadas é, assim, perfeita para “ajustar o foco” dos serviços de segurança (públicos ou privados), na missão de “filtrar” os “indesejáveis” e mantê-los à distância, exercendo o controle sobre os corpos, na conhecida estratégia de *retenção* do excedente do mercado de trabalho e dos que não conseguem participar do mercado de consumo, tornando-se duplamente dispensáveis e, tão logo, incômodos. (WACQUANT, 2007, p. 29).

Não apenas a segurança privada concentra a mira sobre os pobres e marginalizados. Obviamente o Estado, muito antes e com mais ênfase, cuida de disseminar o uso do controle penal sobre essas populações. Como assinala José Eduardo Faria (1998, p. 239)

[...] diante da ampliação das desigualdades sociais, setoriais e regionais de bolsões de miséria e guetos ‘quarto-mundializados’ nos centros urbanos, da criminalidade e da propensão à desobediência civil coletiva, as instituições judiciais do Estado, antes voltadas ao desafio de proteger os direitos civis e políticos e de conferir eficácia aos direitos sociais e econômicos, acabam agora tendo que assumir funções eminentemente punitivo-repressivas. Para tanto, a concepção de intervenção mínima e

última do direito penal é alterada radicalmente. (Adorno, 1996). Essa mudança tem por objetivo torná-lo mais abrangente, rigoroso e severo, para disseminar o medo e o conformismo em seu público-alvo – os excluídos.

Assim, os serviços de segurança *em geral*, dentre os quais, os prestados pelo setor privado, com absoluta naturalidade, acabam tendo por mira *exatamente* a população periférica, quando o crime eclode. E os serviços do setor privado de segurança, ironicamente - muitas vezes -, são prestados através de mão de obra recrutada entre agentes policiais (que atuam na esfera privada a título de complementação de renda) ou mesmo entre a população civil, não raro por indivíduos que habitam os mesmos lugares de onde o crime “partiria”.

A relação é evidente e desoladoramente verificável: aterrorizado com o medo do crime, do qual passa a ser um alvo fácil (vide a sempre atual “onda” de ataque a agentes policiais), o policial, que muitas vezes habita a periferia da cidade, enxerga o morador local, que é seu vizinho, como um potencial criminoso, identificando-o como tal pela procedência do lugar onde ele próprio (policial), mantém o centro de suas atividades, como se o crime pudesse ser *espacialmente* identificado com o limite geográfico ou com a forma de moradia ocupada (CALDEIRA, 2000, p. 79-80).

A letra de “Se não fosse o samba” (DO VALLE; RUSSO: 1989) é bastante emblemática acerca desta identificação do pobre com o inimigo social e o consequente abuso pelas autoridades policiais, exemplificado pela prisão para averiguação:

E toda vez que descia o meu morro do galo
Eu tomava uma dura
Os homens voavam na minha cintura
Pensando encontrar aquele três oitão
Mas como não achavam
Ficavam mordidos não dispensavam,
Abriam a caçapa e lá me jogavam
Mais uma vez na tranca dura pra averiguação
Batiam meu boletim
E nada consta dizia: ele é um bom cidadão
O cana-dura ficava muito injuriado
Porque era obrigado a me tirar da prisão

O habitante da favela, da periferia, ainda nesta toada, raramente é visto como *vítima*

do crime no noticiário (apesar dos números de mortes violentas serem maiores nestes locais, quando muito, são citados “de passagem” na notícia): sua identificação dá-se mais facilmente como o suspeito/provável *autor* do fato, o que reforça os estigmas sociais ancestrais e os estereótipos construídos durante séculos em nossa cultura, que cuidam de atrelar a pobreza com a criminalidade (WACQUANT, 2007, *passim*).

A profunda chaga que conclusões tão “fáceis” e açodadas, pré-concebidas, calcadas no pânico (que nem sempre é identificado com uma causa fática), causam no desenvolvimento das relações interpessoais no espaço que se pretende democrático, ecoa para muito além do momento de sua formulação. As gerações reproduzem tais pensamentos de modo irrefletido, dissociando-os da sua confirmação, que a “notoriedade” do crime acaba por tornar irrelevante.

Na comunicação cinematográfica, documentários como “Notícias de uma guerra particular” e “Violência S.A.” deixam clara essa constatação: a criminalidade, principalmente a violenta, vem de um lugar *determinado*, é praticada por pessoas identificáveis com as camadas mais pobres da população.

Desta maneira, a mídia tranquilamente passa a *produzir as subjetividades*, que insculpem na sociedade ideologias restritas e convenientes a determinadas classes, demonstrando-se um instrumental engenhoso e assustadoramente eficaz para entranhar no imaginário social a criminalização da pobreza, a demonização das classes subalternas e a necessidade de um Estado policial (WACQUANT, 2007, p. 85-87), esfacelando a solidariedade.

158

COMO A ASSOCIAÇÃO DA POBREZA COM O CRIME PODE MINAR A DEMOCRACIA ATRAVÉS DO MEDO

Na análise do medo social, calcada em discursos higienistas que tendem a subsidiar/reforçar a teoria de que o crime tenha, de fato, um *locus*, que possa ser identificado com os moradores da periferia, da baixada, da favela, ainda temos de nos atentar para o efeito altamente pernicioso sobre a democratização que, no Brasil, é recente e está em pleno curso.

Tomando-se, pois, esta preocupação, convém observar como o medo pode ameaçar e até mesmo erodir as bases humanas em que se apoiam as iniciativas sociais mais

relevantes, os projetos políticos libertários mais ambiciosos e as posturas mais francas e democráticas de acesso a bens, serviços e políticas públicas igualitárias. O próprio discurso, contrário às estratégias recentes, do governo brasileiro, para a distribuição de renda, por exemplo, demonstram claramente esta relação, de ódio de classe e de identificação da pobreza com o crime e, portanto, com o medo.

Analisando o terror totalitário e a ideologia como forma de governo, Hannah Arendt (1989, p. 518) atenta para o medo extremo como destruidor dos espaços de exercício da liberdade e de como este “movimento” leva à lógica de desconfiança mútua, afirma que “Pressionando os homens, uns contra os outros, o terror total destrói o espaço entre eles” e que isso implica em “abolir as cercas da lei entre os homens”, desfazendo o espaço que é vital para a liberdade, “como realidade política viva”, o que deixa, apenas, “margem aos movimentos medrosos e cheios de suspeita dos seus habitantes”.

A necessidade de isolamento decorrente do medo do *outro* é igualmente corrosiva para a solidariedade. Como respeitar a pluralidade em um mundo que prega o isolamento como estratégia de segurança? A sensação de estar a salvo quando isolado dos *outros* favorece o rompimento dos laços entre os homens e a implantação da tirania pela imobilidade decorrente da incapacidade de agir de modo coordenado e em conjunto. O isolamento retira aos homens a capacidade de ação, favorecendo o império do terror totalitário, destruindo a capacidade, o pensar e sentir, reforçando os padrões de alienação política e de inação (ARENDT, 1989, p. 526-527):

Já se observou muitas vezes que o terror só pode reinar absolutamente sobre homens que se isolam uns contra os outros e que, portanto, uma das preocupações fundamentais de todo governo tirânico é provocar esse isolamento. O isolamento pode ser o começo do terror; certamente o seu solo mais fértil e sempre decorre dele. Esse isolamento é, por assim dizer, pré-totalitário; sua característica é a impotência, na medida em que a força sempre surge quanto os homens trabalham em conjunto, ‘agindo em concerto’ (Burke); os homens isolados são impotentes por definição. O isolamento e a impotência, isto é, a incapacidade básica de agir, sempre foram típicos das tiranias. Os contatos políticos entre os homens são cortados no governo tirânico, e as capacidades humanas de ação e poder são frustradas. Mas nem todos os contatos entre os homens são interrompidos, e nem todas as capacidades humanas são destruídas. Toda a esfera da vida privada, juntamente com a capacidade de sentir, de inventar de pensar, permanece intacta. Sabemos que o cinturão de ferro do terror total elimina o espaço para essa vida privada, e que a autocorção da lógica totalitária destrói a capacidade de agir.

O ordenamento do pensamento de Arendt (1989, p. 527) conduz à diferenciação entre *solidão* e *isolamento*. O *isolamento* teria lugar quando os homens se apercebem de que a “esfera política de suas vidas, onde agem em conjunto na realização de um interesse comum, é destruída”, deixando intactas, todavia, a capacidade de produzir, favorecendo, inclusive, a alienação política pelo trabalho; “isto pode acontecer num mundo cujos principais valores são ditados pelo trabalho”, resumindo as atividades humanas em trabalhar pela própria sobrevivência sacrifica-se o terreno político da ação, destruindo a vida pública. A *solidão*, de outro lado, “se refere à vida humana como um todo”, significando a destruição da vida privada.

Para Arendt (1989, p. 527) resta claro que o governo totalitário inaugura uma nova modalidade de domínio quando não se contenta com o isolamento humano (destruição das capacidades políticas, de articulação), necessitando, ainda, da aniquilação da vida privada individual, e que, assim, “Baseia-se na solidão, na experiência de não pertencer ao mundo, que é uma das mais radicais experiências que o homem pode ter”. A noção de *não pertencimento* é altamente desagregadora, possibilitando a tirania.

Assim, o “desarraigamento” e a “superfluidade” (ARENDT, 1989, p. 528; ZIZEK, 2008, p. 355), dos homens, desde a Revolução Industrial, marcam o nosso tempo, em que o medo se resume no medo *do homem*, de modo que o esgarçamento das relações interpessoais pode dar vazão à erosão da democracia, levando ao extremo a lógica da mútua desconfiança.

Ser rejeitado nos espaços de convivência provoca o desarraigamento, a sensação de não pertencer a lugar nenhum (superfluidade), não ter “um espaço reconhecido e garantido pelos outros” (ARENDT, 1989, p. 528). A experiência do homem no mundo depende do caráter relacional (ARENDT, 1989, p. 528), ou seja, o homem só se desenvolve, se expressa e exerce suas potencialidades quando em relação com outros homens.

Neste exato sentido, da interdependência dos homens, que apenas podem compreender o mundo quando em cotejo com a experiência de outros, atualmente ameaçada pela lógica da inimizade, a autora refere que: “o homem, que só sobrevive física e psiquicamente em aliança com seus semelhantes, vê hoje no outro [...] a ameaça mais temida” (KEHL, 2007, p. 89).

O medo do *outro*, portanto, implica em graves entraves ao aperfeiçoamento humano e à ação política, favorecendo, de outro vértice, a sedimentação de ideologias baseadas no terror que passam a atuar no enfraquecimento das relações pessoais, que cedem lugar ao isolamento e à solidão (ARENDT, 1989, p. 526-527).

Portanto, a construção do diálogo democrático, com respeito à diferença e, sobretudo, calcado na busca *crítica e conjunta* por soluções conjunturais de *médio e longo prazo*, na questão do controle da criminalidade violenta, seria possível evitar que o isolamento derivado do medo agravasse os antagonismos sociais já existentes.

A ação *plural*, não segmentada, evita análises unilaterais, bem como pode barrar sejam encaminhados, através das políticas públicas, reclames por medidas emergenciais, que ignoram a complexidade fática em que estão inseridos os atores sociais— ricos, enquanto alvos potenciais do crime; pobres, como eterna *clientela* das instâncias de controle e repressão. A guerra ao *outro* é um embate sem vencedores, que multiplica vítimas de ambos os lados e corrói as bases do aprendizado da cultura democrática.

Segregação no espaço da cidade: fragmentação e descontinuidade dos locais de convivência e pessoas à margem

161

Em nosso mundo, a *urbanidade* quase sempre se confundiu com a noção de *cidadania*, de modo que aquele que estivesse excluído, por qualquer motivo, do *habitat* oficial da cidade, fosse visto como um subcidadão, ou cidadão de segunda classe.

Assim, uma contingência física passou a ser uma contingência política (ROLNIK, 1997).

A fragmentação do espaço urbano em territórios distintos e marginalizados acaba se transformando em instrumento de enfraquecimento da cidadania e de diminuição da autoridade do Estado nestas localidades, favorecendo, inclusive, a instalação da criminalidade. (FERREIRA; FERREIRA, 2011, p. 74)

A esta segmentação do espaço urbano segue-se um natural processo de exclusão das populações periféricas quanto ao uso e ocupação do espaço, sobretudo nas cidades modernas.

Com o sucesso incontestado da propaganda do medo do crime e a consequente sensação de insegurança, verifica-se que a ideia de tornar o ambiente urbano mais seguro e mais restrito - seja ele doméstico, empresarial ou, até mesmo, institucional -, é a única alternativa que se apresenta como razoável.

Assim as residências transformam-se em “*bunkers*”, fortificados, murados e paramentados com cercas elétricas, portões eletrônicos, sensores de intrusão, concertinas e guaritas, assim como alguns espaços públicos, que cedem à noção do aparato de segurança e enclausuram parques e passeios de uso comum. Veja-se que, em relação a alguns desses instrumentos, a imagem remete ao cenário bélico, como é o caso das *concertinas*, por exemplo (MELGAÇO, 2010), o que reforça a ideia de “campo de concentração” no sentido do isolamento do indesejável – com a notável diferença de que, agora, nas cidades, o indesejável fica do lado de fora.

Dá-se, então, uma militarização dos espaços, públicos e privados, na medida em que não apenas o cidadão, mas até mesmo unidades policiais e prédios públicos recorrem aos instrumentos de proteção ora aludidos, o que pode ser verificado em inúmeros municípios (portas giratórias e vidros blindados, por exemplo, podem ser encontrados nos prédios dos fóruns e prefeituras, nas agências bancárias, nas agências do INSS e em quase todos os chamados “condomínios de alto padrão”).

Nas metrópoles, os vãos dos viadutos recebem pedregulhos ou ferros pontiagudos ou são concretados (fechados) para que pedintes e moradores de rua em geral não possam se alojar; as portas dos comércios são equipadas com “espetos” e outros artefatos que impedem a aglomeração da população de rua (mendigos, prostitutas, usuários de drogas). Até mesmo as escadarias das igrejas cedem à necessidade de afastamento do indesejável que “enfeia” a cidade (MELGAÇO, 2011), valendo-se destes mesmos instrumentos.

Na nova topografia urbana da cidade fragmentada – altamente excludente, e impeditiva de espaços de convivência – mesmo os moradores da periferia passam a fazer uso do aparato de segurança privada, não sendo incomum ali verificarem-se cercas elétricas, portões eletrônicos e todos os demais signos de ostentação do recurso privado ao serviço de segurança “pago” (MELGAÇO, 2001, p. 112). Convém lembrar, contudo, que a adesão dos bairros periféricos ao uso de concertinas, cercas elétricas, alarmes contra intrusão, não pode deixar de ser visto como um símbolo de apoderamento do espaço por

uma população que, em outros aspectos, está à margem da sociedade, por não acessar bens e serviços (públicos ou privados). O uso de equipamentos de segurança nas regiões mais pobres da cidade evidencia uma forma de “ascensão social” na medida em que implica na potencialidade de aquisição de produto do mercado de consumo.

A mobilidade social experimentada nos últimos anos no Brasil aumenta a zona de intersecção entre as classes sociais, fazendo com que pessoas até então tidas como na linha da pobreza sejam reclassificadas na pirâmide social como classe “média”, tornando-se, assim, ávidas consumidoras de tudo o quanto até então lhes era negado: a segurança privada é um destes bens – um dos mais procurados.

O cidadão da periferia, assim, a quem a própria noção de cidadania parece sempre distante e etérea, recorre a serviços privados para assegurar-se distanciado dos moradores da própria localidade em que nasce, cresce e convive. O medo é tamanho que laços fraternos, alimentados desde a mais tenra idade, terminam nas grades do portão eletrônico que o morador coloca entre si e sua família e os vizinhos. O esfacelamento da noção comunitária é por demais evidente.

163

CONCLUSÕES

Pôde-se verificar existe uma área de convergência entre diversas músicas, gravadas por Bezerra da Silva, e alguns conceitos apresentados pelos estudiosos da Criminologia Crítica, sendo que a obra do sambista expõe tais ideias a partir da visão da população marginalizada, alvo primário do sistema penal, aproximando a fala coloquial da música, permeada de críticas contundentes ao sistema penal, das conclusões produzidas no âmbito acadêmico.

Verificou-se uma consciência crítica da criminalização da pobreza quando os crimes de colarinho branco (“white-collar crimes”) e a desigualdade material do sistema penal são abordadas nas letras do samba.

Da mesma forma, pôde-se observar, nas canções selecionadas como exemplos, a noção muito clara da população da periferia sobre as arbitrariedades e a truculência policial, bem como sobre o fenômeno da rotulação, que recai sobre os moradores da favela, como autores e suspeitos “naturais” de delitos e de como tal fato gera como resposta o reforço/aceitação a esta estigmatização através do enaltecimento da figura do “malandro”,

presença constante no cancionário de Bezerra da Silva.

Verificou-se, ainda, que a identificação da criminalidade, sobretudo a violenta, com as populações marginalizadas é conhecida estratégia de *contenção* do excedente do mercado de trabalho e dos que não conseguem participar do mercado de consumo, tornando-se duplamente dispensáveis e, tão logo, incômodos.

Por fim, observadas as críticas, pôde-se aferir que a associação da pobreza com o crime pode minar a democracia e a solidariedade social, através do medo, mostrando-se a discografia de Bezerra da Silva instrumento para a apresentação do ponto de vista das classes subalternas, que deve ser levado em conta na elaboração de políticas alternativas.

Parece-nos, encerrado o texto, que os letristas dos sambas cantados na obra de Bezerra da Silva são, eles também, criminólogos críticos, à sua maneira, a par da cientificidade, mas sobretudo dispostos a dar voz aos indivíduos que se colocam, todo o tempo, no alvo da prática repressiva-punitiva estatal, justamente por já estarem no centro de tantos outros alvos, como a discriminação, a invisibilidade social e os estigmas negativos associados à prática do crime.

164

REFERÊNCIAS

1000tinho. Os direitos do otário. In: DA SILVA, Bezerra. **Alô malandragem, maloca o flagrante**. [S.l.]: RCA Vik, 1986. LP

AMARAL, Layne. O imaginário do medo: violência urbana e segregação espacial na cidade do Rio de Janeiro. **Contemporânea** (Revista). Ed. 14, vol. 8, n.1, 2010, p.35. Disponível em: <http://www.contemporanea.uerj.br/pdf/ed_14/contemporanea_n14_04_Amaral.pdf. Acesso em: 28 set. 2011.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

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

BARROS FILHO, Raimundo de; SANTOS, Ely. Malandro moderno. In: DA SILVA, Bezerra. **Contra o verdadeiro canalha**. Rio de Janeiro: RGE, 1995. LP

BECKER, H. S. **Segredos e truques da pesquisa**. Livro digital. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BENAIM, Eduardo; JAFET, Jorge Saad; CANNITO, Newton (roteiro e direção). **Violência S.A.** Co-produção: MC2 Filme, TV Cultura, Sesc TV, 2005, 55 min. Documentário.

BUTINA, Pedro; MENINÃO, Walter. O sonho do operário. *In: DA SILVA, Bezerra. **Se não fosse o samba***. São Paulo: BMG-Ariola, 1989. LP.

DA PORTELA, Noca; MOSCA, Sérgio. Eu sou favela. *In: DA SILVA, Bezerra. **Presidente caô caô***. São Paulo: BMG-Ariola, 1992. LP.

DA SILVA, Bezerra. **É esse aí que é o homem**. [S.l.]: RCA Vik, 1984. LP

DO CAVACO, Ary; OTACÍLIO. Malandro rife. *In: DA SILVA, Bezerra. **Malandro rife***. [S.l.]: RCA Vik, 1985. LP

DO PONTO CHIQUE, Guilherme; PINGA; AMARAL, Laís. A vida do povo. *In: DA SILVA, Bezerra. **Presidente caô caô***. São Paulo: BMG-Ariola, 1992. LP.

DO VALLE, Zezinho; RUSSO, Carlinhos. Se não fosse o samba. *In: DA SILVA, Bezerra. **Se não fosse o samba***. São Paulo: BMG-Ariola, 1989. LP.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Direito. *In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais***, n. 22. São Paulo: RT, 1998.

FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih; FERREIRA, Natália Bonora Vidrih. Direito à cidade: o papel do planejamento urbano. *In: Argumenta: **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica*** – UENP. n. 14 (janeiro/junho) – Jacarezinho, 2011, p. 35/49, p. 41.

FOLHA. **Para 43% PM que mata bandido não deve receber punição**. Disponível em:< <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1190938-para-43-pm-que-mata-bandido-nao-deve-receber-punicao.shtml>>. Data: 25.11.2012. Acesso: 27 nov.2011.

KEHL, Maria Rita. Elogio do medo. *In: **Ensaios sobre o medo***. Adauto Novaes (org.). São Paulo: Senac. São Paulo: Sesc, 2007, p. 89-110.

JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Navarra: Editora Arazandi, 2006.

MARTINS, G. Se Leonardo dá 20. *In: DA SILVA, Bezerra. **Ao vivo***. Rio de Janeiro: CID, 1999. CD.

MARTINS, G.; NAVAL. Preconceito de cor. *In: DA SILVA, Bezerra. **Justiça Social***. São Paulo: BMG-Ariola, 1987. LP.

MELGAÇO, Lucas. **Securização urbana**: da psicoesfera do medo à tecnoesfera da

segurança. (Tese de doutorado). Disponível em:
<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../2010_LucasMelgaco.pdf>. Acesso: 27 out. 2011.

ROLNIK, Raquel. Prefácio. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes (Org.). **Direito à Moradia**: instrumentos e experiências de regulação fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR: FASE, 1997.

ROSSI, Clovis. O crime perfeito contra Lugo. *Folha de São Paulo*, São Paulo. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/clovisrossi/1111405-o-crime-perfeito-contr-Lugo-shtml>>. Acesso: 28.jun. 2012.

SALLES, João Moreira; LUND, Kátia (roteiro e direção). **Notícias de uma guerra particular**. Rio de Janeiro: GNT, 1998, 53 min. Documentário.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. In: **American sociological review**. Vol. 5, n. 1, Fev. 1940, pp. 1-12. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2083937>. Acesso em 13 jun. 2015.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WERNECK, Alexandre. Teoria da rotulação. In: DE LIMA, Renato Sérgio; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. 1ª ed. Livro digital. São Paulo: Contexto, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

IMPACTOS DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMAS BRANCAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

João Augusto Arfeli PANUCCI¹⁶

Pedro Augusto de Souza BRAMBILLA¹⁷

RESUMO

Este trabalho científico abordará a atual forma de desenvolvimento do ordenamento jurídico criminal no Brasil, suscitando a motivação que conduz a atividade legislativa em nosso país. Verificar-se-á que as normas jurídicas brotam quase que de forma exclusiva para reprimir e punir a conduta criminosa. O legislador, em sua atividade típica, não leva em conta os fatores desencadeantes do comportamento criminoso, pautando-se basicamente em uma busca incessante pela punição, a fim de preencher o anseio social de uma ótica deturpada de combate eficaz à criminalidade. Ainda, traz-se como foco central do trabalho proposta que caminha perante o Poder Legislativo da criminalização do porte de armas brancas, suscitando as causas e eficácia desta medida. Por fim, há de se ressaltar prejudicial consequência que esta alteração causará no seio social brasileiro, provavelmente servindo como mais uma forma de preconceito perante as camadas mais pobres da sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal Máximo. Porte de Armas Brancas. Hipertrofia Legislativa. Etiquetamento.

167

ABSTRACT

This scientific essay will discuss the current form of development of criminal legal system in Brazil, bringing up the motivation that leads the legislative activity in our country. It will be found that juridical norms spring almost exclusively to repress and punish the criminal conduct. The legislator, in its typical activity, does not consider the precipitating factors of criminal behavior, being guided primarily on a relentless pursuit of punishment in order to fill the social longing of a twisted perspective of effective prosecution against criminality. Furthermore, this essay brings as the central focus of the work the proposal that goes before the Legislative Power about the criminalization of bladed weapons weapons possession, raising the causes and the effectiveness of this measure. Finally, will be emphasized the detrimental consequence that this change will cause to the Brazilian social bosom, probably serving as another form of preconception before the poorest sections of the society.

KEY WORDS: Criminal Maximum Law. Bladed Weapons Possession. Legislative Hypertrophy. Labeling Approach.

INTRODUÇÃO

¹⁶ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP. Advogado.

¹⁷ Docente no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP.

Diante do noticiário inundado de atitudes criminais graves, surgem diversas notícias de crimes praticados mediante o emprego de armas brancas, principalmente facas.

A atual condição da sociedade brasileira perante à criminalidade faz ressuscitar uma antiga discussão acerca da criminalização do porte de armas brancas. Posição, esta, defendida não somente por parte da população e por figuras públicas midiáticas, mas também por considerável parcela dos parlamentares que defendem sua discussão, votação e concretização.

Na verdade, a busca incessante do legislador pela resolução dos conflitos existentes na sociedade acaba por expor uma atuação incompatível com os legados teóricos do Direito Penal, Sociologia e Criminologia, posto que vem se alterando o ordenamento jurídico basicamente com o incremento de punições e tratamentos mais severos, sem se analisar a real eficácia das medidas.

Posto este cenário, cabe-nos raciocinar e discutir de como vem sendo tratada a política de combate a criminalidade atualmente em nosso país. Incumbe elucidar a forma que vem sendo desenvolvido nosso ordenamento criminal, destacando sua suposta eficácia.

A mera criação de novos tipos penais e aumento dos preceitos secundários dos já existentes tem o condão de suprir as necessidades sociais em comento?

Deste modo, pretende o presente trabalho suscitar as causas, consequências e eventuais variáveis que envolvem a questão da criminalização do porte de arma branca, inclusive retratando um eventual cenário deste desta inovação legislativa e tecendo algumas alternativas aparentemente mais eficazes para as necessidades brasileiras.

O PORTE DE ARMA BRANCA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Atualmente, o fato típico relativo ao porte de arma branca está previsto no artigo 19 do Decreto Lei nº 3.688/41, conhecido como Lei de Contravenções Penais, o qual assim dispõe:

Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade:

Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa.

§ 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou

munição:

- a) deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina;
- b) permite que alienado menor de 18 anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo;
- c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la.

De início, cumpre relembrar que o artigo supracitado fora derogado no tocante a previsão em relação à arma de fogo.

Isto é, quando de sua criação, o artigo 19 da Lei de Contravenções Penais se prestava à aplicação no caso de porte de armas de fogo. Inclusive, conforme se vislumbra da leitura do “caput” do artigo, este não traz qualquer distinção entre as armas tidas como brancas ou as de fogo.

No entanto, com o advento da Lei 9.437/97 e, posteriormente, do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), condutas relativas às armas de fogo receberam previsão especial, motivo pelo qual se desentranhou da incidência da Lei de Contravenções Penais, principalmente das previsões de seu artigo 19.

Conforme relatado, o referido artigo fora alvo de mera derrogação, ou seja, perda parcial de vigência, a qual atingiu somente o âmbito das armas de fogo, sendo que o mesmo permanece vigente no tocante as chamadas “armas brancas”.

O presente artigo não tem como proposta discorrer acerca dos ditames teóricos que contornam referida contravenção. Não se pretende elencar elementos objetivos e subjetivos, sujeito ativo e passivo, entre outros aspectos teóricos que constituem o fato típico em tela, mas sim a justificativa e necessidade desta tipificação para com o atual momento de nosso país. No entanto, para adentrar ao contexto de incidência do dispositivo mencionado, necessárias algumas considerações introdutórias.

A previsão do artigo 19 da Lei de Contravenções Penais não é de complexa interpretação e entendimento.

Conforme a previsão, caracteriza-se a contravenção quando o agente traz consigo arma (branca) fora dos limites de sua residência, sem autorização da autoridade competente.

De início, cumpre relatar que arma branca compreende-se por objetos de origem

lícita, mas que por sua natureza possuem potencial lesivo, podendo, assim, serem utilizados para prática de atos criminosos, ou seja, como armas, servindo como instrumento de lesão à integridade física ou como meio para exercício de ameaça. Tem-se como exemplo de armas brancas: facas, punhais, bengalas, tacos de madeira, facões, entre outros.

Importante destacar que a expressão “sem licença da autoridade” trazida no corpo do artigo estudado detinha elevada importância quando o âmbito de incidência da referida tipificação englobava as armas de fogo. Isto porque, se tratando de arma desta espécie, há previsão legal de autoridade competente para autorizar o porte da mesma.

Se tratando das chamadas armas brancas, não há possibilidade de autorização pelo simples fato de que não existe órgão ou autoridade competente que possa exprimir autorização para que o agente se locomova portando uma arma branca.

Importante visualizar que, conforme anteriormente citado, as armas brancas possuem origem lícita, inclusive podendo ser adquiridas livremente. Logo, não há compatibilidade lógica na exigência de autorização estatal para porte de um objeto aparentemente legal.

Melhor ilustrando a questão da licença, Victor Eduardo Rios Gonçalves assim relata (2011, p. 148):

Trata-se do elemento normativo do tipo dessa contravenção. A opção de conceder ou não o porte a uma determinada pessoa está dentro do poder discricionário da autoridade responsável. Ocorre que, como não existe licença para o porte de armas brancas e considerando que o art. 19 da Lei de Contravenções Penais somente estaria em vigor em relação a estas, tal parte do dispositivo encontra-se sem aplicação prática.

A fim de concluir a delimitação da incidência desta contravenção, deve se trazer a baila que consiste em uma infração de perigo abstrato. Isto é, a tipificação e eventual punição pelo porte de arma branca se dá pelo potencial perigo que esta conduta traz para a sociedade, posto que eventualmente pode vir a ser utilizada em um fato típico de maior gravidade.

Deste modo, o mero porte da arma já caracteriza a infração penal em destaque, não sendo inerente a sua existência o uso concreto da arma ou, ainda, a verificação da intenção do agente para com aquele objeto. Basta o mero porte, visto que, por si só, este já causa na

e para a sociedade um potencial perigo.

Portanto, verifica-se que a infração em comento exige para sua caracterização basicamente que o agente porte um objeto de potencial lesivo fora dos limites de sua residência, independente da intenção deste, uma vez que a contravenção se caracteriza por mero perigo abstrato.

Entretanto, de suma importância elucidar o contexto em que esta conduta fora criada, posto que a tipificação de toda e qualquer conduta nada mais é do que o reflexo da sociedade em determinado momento histórico.

A Lei de Contravenções Penais remonta ao ano de 1941, o qual por motivos óbvios possuía contexto em termos sociais, econômicos e políticos totalmente diversos do atual.

Por óbvio, quando da criação do tipo legal tratado, o ordenamento jurídico pátrio necessitava de uma norma de coibição pelo porte de armas, inclusive por mero perigo abstrato. Porém, ao que se vislumbra do caso tratado, a ilegalidade se justificava principalmente em relação as armas de fogo.

Isto é, quando da criação da contravenção em apreço, havia real necessidade de proibição desta conduta, visto que não havia norma de repressão em relação ao porte de armas. Contudo, parece-nos que referida proibição fazia sentido por conta das armas de fogo, em que pese não tenha sido criada tão somente para esta finalidade.

Posto isto, tendo em vista que a norma não mais se aplica ao seu objeto principal quando da sua criação (arma de fogo), faz-se relevante traçar um raciocínio se esta contravenção é compatível com os tempos atuais.

Tendo em mente a evolução do Direito Penal, a difusão dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, somados as ideias garantistas do nosso ordenamento jurídico, inoportuna se faz a tipificação da conduta em análise.

Não se pretende neste trabalho tecer críticas em relação a infrações de perigo abstrato, posto que a generalização é descabida e ilógica, além do que, determinadas condutas desta natureza devem ser tipificadas. Porém, não nos parece ser o caso do artigo 19 da Lei de Contravenções Penais.

Não há compatibilidade lógica e teórica para de tipificar uma infração que impede o agente de transitar em posse de um objeto lícito. Ora, dentro de um sistema penal finalista, não se justifica a penalização de um ato que não detém qualquer resquício de vontade

ilícita, sob mera alegação de risco para com os demais.

O que se pretende elucidar é que o simples fato de portar um objeto lícito não pode ser tratado como infração penal, posto que tão somente a potencialidade lesiva do mesmo não justifica a caracterização de provável perigo.

Se a potencialidade lesiva do instrumento, por si só, caracteriza-se eventual risco à sociedade ao ponto de ser tratada como infração penal, chegaríamos a uma gama imensurável de objetos, das mais diversas naturezas, que poderiam ser utilizados como armas.

Não se justifica a alegação de que a arma branca pode vir a ser utilizada como instrumento para prática de infração mais grave, pois, neste caso, estaria se punindo um fato futuro e incerto, sem qualquer nexo de probabilidade passível de averiguação.

Ainda, vejamos que há clarividente incongruência no ordenamento jurídico brasileiro.

Diz-se isto pelo fato de que as armas de fogo, as quais possuem potencial lesivo muito maior que as armas brancas, são passíveis de autorização para serem adquiridas e portadas tranquilamente (registro e porte). Enquanto outros objetos, originariamente lícitos, são de porte vedado pela legislação pátria, sem possibilidade de legalização da conduta.

Sendo assim, parece-nos descabida a tipificação do porte de arma branca, posto que o cidadão não pode ser restringido de portar um objeto tão somente pelo fato de que este naturalmente possui potencial lesivo. Trata-se claramente de hipótese de perigo aceito socialmente, assim como diversas outras circunstâncias que não são tipificadas legalmente.

No mais, passamos a discutir o atual contexto de nossa sociedade, averiguando se o momento em que nos encontramos diante da criminalidade exacerbada justifica a criminalização desta conduta.

COMOÇÃO SOCIAL E HIPERTROFIA LEGISLATIVA

Conforme exposto anteriormente, o porte de arma branca é previsto no ordenamento jurídico como contravenção penal. No entanto, por conta de determinados acontecimentos que tomaram o cenário jornalístico nacional, passou-se a se discutir eventual mudança na legislação pátria.

Referida mudança se daria na criminalização do porte de armas brancas. Isto é, a

tipificação que atualmente é contravenção penal, prevista no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais, teria sua natureza jurídica alterada e se tornaria crime.

A ideia do Poder Legislativo em discutir essa alteração se deu em decorrência de alguns crimes graves que tiveram veiculação em proporção nacional por conta da imprensa escrita e televisiva, sendo o caso mais emblemático o do ciclista atacado por jovens munidos de facas na lagoa Rodrigo de Freitas, na cidade do Rio de Janeiro.

Diante do latrocínio consumado supracitado – o ciclista posteriormente veio a óbito -, somado a outros casos de crimes como lesão corporal, homicídios, roubos, latrocínio, entre outros, praticados mediante uso de arma branca, principalmente facas, agentes vinculados ao Poder Legislativo e Executivo passaram a defender a criminalização do porte de arma branca, inclusive com fixação de preceito secundário que permita o Poder Judiciário a manter o suspeito preso cautelarmente desde a prática do fato.

Destaca-se que esta criminalização está prevista em um antigo projeto de lei que estava parado na Câmara dos Deputados, o qual pretendem parte dos deputados que entre em discussão e posterior votação perante a Casa.

Exposto este contexto de intenção de votação do projeto mencionado, voltamos ao cenário que tem tomado conta há considerável tempo da criação e desenvolvimento do sistema jurídico penal brasileiro.

Sem intenção de indicar o foco do problema, clarividente que a formação e desenvolvimento do ordenamento jurídico criminal do Brasil vem sendo tratada de forma errônea e descuidada.

Diz-se isto pelo fato de que o Poder Legislativo de nosso país, no tocante a temática penal, tem criado leis sem a devida análise anterior necessária.

Atualmente, vislumbra-se que fatos determinados, os quais tomam proporção nacional por conta da difusão da imprensa, culminando em notória comoção social, acabam por justificar atuação legislativa em caráter emergencial e descomedida.

Isto é, diante de um fato que causa comoção social – como o homicídio do ciclista anteriormente citado – os representantes legislativos, muitas vezes movidos por interesses políticos perante a sociedade, indicam a tomada de resposta imediata em combate à criminalidade.

Ocorre que para criação de uma lei penal, principalmente para tipificação de um

crime, não se pode agir impulsivamente, aplicando a primeira medida que parece cabível e necessária ao caso, principalmente quando referida medida consiste tão somente na punição com maior severidade para com o fato.

Ora, a necessidade de inovação na legislação, seja ela penal ou de outra natureza, deve ser precedida de cautelosa análise. Não se pode simplesmente criar novas tipificações, aumentar penas, alterar regimes carcerários, dentre outras medidas, de forma quase que automática.

De início, deve se ter em mente a escala tridimensional, difundida por Miguel Reale, sendo necessária cautelosa análise acerca dos fatores fato, valor e norma. Ou seja, a verificação de um fato de elevada relevância, ligado a um valor social que merece ser protegido, para, por fim, se verificar a possibilidade de criação de uma norma que o proteja.

Posteriormente, deve ainda ser cuidadosamente verificada a potencial eficácia da norma criada. Ou seja, de início, basicamente se analisa a necessidade e justificativa do texto que se pretende inserir no ordenamento jurídico, sendo que, sem seguida, deve-se avaliar a possível eficácia da regra.

Cabe ressaltar que a norma deve ser dirigida a pacificar uma questão. No entanto, de nada adianta ela ser aplicada, mas não deter o condão de solucionar o impasse a que se presta. Isto é, de nada adianta se criar uma regra perfeita no campo teórico, se esta resta ineficaz no plano prático de atuação.

Entretanto, apesar dos conhecidos ensinamentos acima expostos, nossos representantes legislativo não tem mantido atuação correta perante o ordenamento jurídico criminal.

Neste plano, elencando as características contemporâneas do ordenamento normativo penal, destacam Gomes e Bianchini (2002, p. 25-30):

- a) Deliberada política de “criminalização”, antes que de “descriminalização” ou de despenalização;
- b) Frequentes e parciais alterações pelo legislador da Parte especial do Código Penal ou a edição de leis penais especiais;
- c) Aumento dos marcos penais dos delitos clássicos;
- d) A proteção institucional (ou funcional) dos bens jurídicos;
- e) Ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato;
- f) Menosprezo patente ao princípio da lesividade ou ofensividade, o que significa a difusão dos delitos de mera desobediência à norma;

- g) Erosão do conteúdo da norma de conduta (do que está proibido);
- h) Uso do Direito Penal como instrumento de “política de segurança” (em flagrante contradição com sua natureza subsidiária);
- i) Pouca preocupação com os princípios de igualdade e de proporcionalidade, para atender a uma exacerbada preocupação prevencionista;

Ao que se vê atualmente, a condução do ordenamento jurídico penal vem sendo traçada conforme os ditames de apenas um fator, qual seja a maior repressão e punição dos agentes criminosos.

Com o passar dos anos têm-se se trazido à esfera do Direito Penal a maior parte dos conflitos existentes na sociedade, os quais diversas vezes poderiam ser abarcados por outras esferas do Direito.

Isto é, o Direito Penal que deveria ser tratado como exceção, principalmente pelos ditames do princípio da intervenção mínima, tem sido utilizado como regra no Brasil, tendo em vista que quando se fala em conflito ou punição, aparentemente o instrumento mais utilizado tem sido a sistemática penal, principalmente pela tipificação de condutas, ou seja, criação de novos delitos.

Além da ferrenha utilização do Direito Penal como método de coibição da sociedade através da criação de novos delitos, outra medida costumeiramente utilizada pelos legisladores é a maior punição em relação a crimes já existentes.

Melhor dizendo, a crítica traçada em face da atuação legislativa brasileira não se faz somente no sentido da tipificação de condutas que deveriam constar da esfera de outros ramos do Direito, mas também em relação ao desenvolvimento das regras atinentes aos crimes já tipificados.

Atualmente temos uma manifestação social e midiática que pressiona pela maior repressão das condutas criminosas, seja pela aplicação de penas numericamente maiores ou espécies de punição ainda não contidas no ordenamento jurídico, inclusive de caráter inconstitucional, como de morte ou de caráter perpétuo.

Em suma, o contexto atual demonstra um forte posicionamento no sentido de que toda e qualquer conduta ofensiva a sociedade deve ser tratada pelo Direito Penal, bem como este deve se valer de medidas cada vez mais graves e repressivas para solução das questões problemáticas.

Neste interim, têm-se que a comoção social suplicando por combate a criminalidade tem se tornado fator primordial para nortear a atuação legislativa.

Ocorre que o Direito Penal não pode ser tomado de forma tão banalizada como a atualmente realizada. A criação e mutação constante do ordenamento jurídico penal tem se mostrado deveras ineficaz perante a criminalidade, posto que os números desta última se elevam reiteradamente.

Ora, a criação de leis em caráter emergencial, visando o afago social com a errônea ideia de solução do conflito existente, não traduz a eficiência necessária para combate a criminalidade.

Pretende-se dizer que a atuação legislativa de modo a atender todo e qualquer anseio social carece de eficácia no plano prático, visto que a simples criação de novas condutas típicas ou a maior repressão em relação àquelas já existentes não possuem o condão de diminuir os índices de práticas criminosas.

No mais, a criação descomedida de leis penais culmina no fenômeno denominado “hipertrofia legislativa”, ou seja, o conjunto demasiado e exagerado de leis existentes que, infelizmente, ocasiona em baixa qualidade do conjunto legislativo brasileiro.

A partir do momento em que se tem a criação de leis em caráter emergencial e em alta quantidade, por questões óbvias se diminui a qualidade das mesmas, posto que falta ao legislador tempo hábil para raciocinar e analisar a real necessidade, justificativa e efetividade de determinado texto jurídico.

No Brasil perdura um enorme ciclo vicioso que se inicia na comoção e requisição social perante o Estado de medidas coercitivas, gerando a criação emergencial e descomedida de leis, culminando na ineficácia do ordenamento perante a delinquência generalizada, a qual, neste contexto, tende a aumentar.

Vislumbra-se o afastamento da dogmática penal que levou anos para ser construída, desenvolvida e disseminada, quando da elaboração de nossas leis. Incompatibilidades, inseguranças jurídicas e ineficácia são reiteradamente percebidas em nosso ordenamento.

A partir do momento em que se foca os olhos apenas na maior punição e repressão como método de contenção da criminalidade, inverte-se a ordem e põe-se de lado os ditames essenciais à ciência Penal, resultando em um ordenamento frágil e inseguro.

A CRIMINALIZAÇÃO DE ATOS PREPARATÓRIOS

Exposto o cenário atual que envolve o porte de arma branca, cabe-nos suscitar um raciocínio acerca da real intenção para com a criminalização de referida conduta.

Conforme se expôs inicialmente, o porte de arma branca é previsto como contravenção penal, tipificado no artigo 19 do Decreto Lei 3.688/41. No entanto, devido a utilização de armas brancas, principalmente facas, em variados crimes contra a vida, integridade física e patrimônio, veio a baila a hipótese de criminalização da conduta em tela.

Salienta-se que as alegações políticas que pretendem votar e aprovar a criminalização do porte são todas neste sentido, ou seja, que o fator justificante de eventual criminalização é a utilização reiterada destes instrumentos em outros crimes, teoricamente mais graves.

Isto é, o objetivo desta mudança legislativa é conceder a hipótese ao Estado de aplicar punição ao agente que porte armas brancas antes que este pratique um crime mais grave. Clarividente a presunção de quem porta arma branca, irá praticar um delito.

Ressalta-se que, dentro de nosso conhecimento, em momento algum se sustentou que nos dias atuais o porte de armas brancas tomou potencial lesivo abstrato maior para sociedade ou de que a conduta em si demonstra necessidade de maior repressão ou punição devido ao risco que causa a sociedade.

Pelo contrário, a possível criminalização sempre é fundamentada na hipótese da utilização do objeto potencialmente lesivo em outro crime. As alegações sempre convergem no sentido de, futuramente, haver um segundo delito cujo agente se valeria da arma.

Vejamos que a questão do porte de arma branca, portanto, sempre vem acompanhada de um segundo delito. Parece-nos clarividente a intenção de se punir severamente não o agente que porta a arma branca, mas sim o sujeito ativo do homicídio, do roubo, do latrocínio, entre outros delitos praticados com a utilização destes instrumentos.

Pois bem. Importante lembrar que este contexto anteriormente exposto, hipoteticamente, se encaixa dentro do Direito Penal, especificamente dentro do estudo chamado *iter criminis*, senão vejamos.

Desvencilhado do intuito de se aprofundar no tema, temos como *iter criminis* no

ordenamento jurídico brasileiro as chamadas fases do crime. Isto é, o *iter criminis* nada mais é do que as fases ou planos que o agente transcorre até chegar na efetiva execução e, possivelmente, na consumação do delito que se pretendia praticar.

A doutrina pátria costuma dividir o *iter criminis* em duas fases, qual seja uma fase interna e outra externa, sendo que cada uma delas possui suas sub divisões.

Na fase interna, temos os fatores que ocorrem na mente do agente, devendo ser destacada a fase da “cogitação”. Cogitação nada mais é que os pensamentos do agente no sentido de praticar um delito, ou seja, quando ele detém raciocínios criminosos, visando a prática delitiva, sem, porém, exterioriza-los. Veja que, aqui, o sujeito apenas pretende praticar um delito, detém uma ideia criminosa.

Passada a fase interna, temos a exteriorização da vontade que antes se continha dentro do pensamento do agente, ou seja, a partir do momento em que o indivíduo começa a praticar atos físicos visando à prática criminosa temos o início da fase externa.

Em suma, a fase externa é dividida em três planos, quais sejam o de atos preparatórios, a execução e a consumação.

Execução nada mais é que a prática propriamente dita do verbo tipificado em lei, sendo que, em caso de preenchimento de todos os elementos do tipo legal, têm-se a consumação do delito.

No entanto, a teor do presente trabalho, cabe-nos voltar a atenção aos atos preparatórios, que são assim definidos por NUCCI (2014, p. 279):

É a fase de exteriorização da ideia do crime, através de atos, que começam a materializar a perseguição ao alvo idealizado, configurando uma verdadeira ponte entre a fase interna e a execução. O agente ainda não ingressou nos atos executórios, daí por que não é punida a preparação no direito brasileiro. (grifo nosso)

Vejamos, portanto, que os atos preparatórios nada mais são que atos praticados pelo indivíduo que o colocam em situação passível de início de execução do delito pretendido. Destarte, ato preparatório é a pratica de atos que circundam a execução do crime, atos de caráter secundário que, apesar de estarem relacionados a futura pratica criminosa, não fazem parte do núcleo do tipo penal.

São exemplos de atos preparatórios: ir até a residência que se pretende furtar; adquirir uma escada que ajudará a transpor o muro; se esconder para surpreender a vítima; conseguir um automóvel e se locomover até o local do crime; sondar vítimas de eventual estelionato; Enfim, são incontáveis os exemplos de atos preparatórios.

Pois bem. Fator que nos cabe ressaltar, inclusive se relaciona com a parcela destaca do texto supracitado, é o de que nosso ordenamento jurídico tem como regra a não tipificação, e consequente punição, de atos meramente preparatórios, posto que estes sequer caracterizam início de execução do delito pretendido e sem início de execução ou, neste giro, sendo o delito sequer tentado, não há que se falar em punição.

Notório que há possibilidade de um ato preparatório ser punido, ocorrência perceptível quando o referido ato caracteriza delito autônomo. Por exemplo, o agente que pretende praticar um homicídio e transita portando uma arma de fogo, ainda que sequer haja disparo ou que venha se encontrar com a vítima em potencial, pode vir a praticar crime, caso não possua o competente porte e registro do instrumento. Entretanto, neste caso o crime praticado é o de porte ilegal de arma de fogo e não há que se falar em homicídio.

Posto esta parcela teórica, tendo em mente as argumentações políticas acerca do tema suscitadas no início deste capítulo, clarividente que o porte de arma branca surge como ato preparatório punível de eventual crime posterior.

Ora, se os legisladores relatam que o porte deve ser criminalizado em decorrência da utilização das armas brancas para prática de crimes mais graves, nos parece notório a justificativa no sentido de se tipificar um ato preparatório relacionado a conduta futura.

Neste giro, verifica-se que o intuito de parte do Poder Legislativo não vem sendo a análise cuidadosa da conduta de portar arma branca em si, mas sim de relacioná-la a delitos posteriores. Não se tem o estudo unitário do porte de arma, mas sim o de um único ato compreendido no conjunto de atos que visam a prática de um delito. O que se vem pretendendo dentro do Poder Legislativo brasileiro é a criminalização de um ato preparatório de eventual crime posterior.

Evidente que não há ilegalidade na tipificação de um ato tido como preparatório. Conforme exposto a regra é a de não punição, porém, comporta exceções, dentre elas o clássico exemplo do porte de arma de fogo, anteriormente suscitado.

Entretanto, de início já podemos ver algumas incongruências que se ocasionarão na

legislação pátria a depender de como a criminalização seja aprovada.

Há indícios de que parte dos legisladores defendem não somente a criminalização, mas também a previsão de um preceito secundário mínimo elevado, tendo em vista a necessidade de se manter o indivíduo preso cautelarmente durante o transcurso da ação penal.

De prontidão já poderíamos denotar violação ao princípio da proporcionalidade, visto que uma infração de perigo abstrato desta magnitude não poderia ter cominada uma pena de reclusão.

Ainda, a depender da pena cominada, a punição pelo “crime meio” (porte de arma branca) pode vir a ser demasiadamente superior em comparação ao eventual crime fim que se pretendia – sequer existe – praticar.

Melhor dizendo, se houver a previsão de uma pena mínima de 3 (três) anos para o porte de arma branca, como defendem alguns congressistas, o indivíduo condenado por este crime pode receber uma pena maior do que aquele condenado por lesão corporal, em qualquer dos seus graus, ou até mesmo por um roubo não consumado.

Ora, a pena mínima para uma lesão corporal de natureza gravíssima é de 2 (dois) anos. A pena mínima do crime de roubo é de 4 (quatro) anos, sendo diminuída de pelo menos 1/3 (um terço) em se tratando de modalidade tentada.

Veja que a punição pelo porte de arma branca nos moldes supracitados acaba sendo mais onerosa do que o próprio crime que o agente poderia vir a cometer. Isto é, estaríamos punindo mais severamente aquele que presumimos querer praticar determinado delito, do que o sujeito que efetivamente o pratica.

Chegaríamos em determinado ponto em que, por exemplo, para o delinquente seria mais benéfico praticar a lesão corporal gravíssima, responder somente por este crime em decorrência do princípio da consunção e receber uma pena de 2 (dois) anos, do que ser flagrado por agentes policiais antes de qualquer agressão e ser-lhe imputado o porte de arma branca, pelo qual receberá uma pena de 3 (três) anos.

Estaríamos diante de clarividente incongruência, incompatibilidade e desproporcionalidade do ordenamento, pelo qual se pune mais severamente, em decorrência de perigo abstrato, aquele que se presume que irá praticar um delito, e de forma menos gravosa aquele que efetivamente pratica o crime, causando perigo concreto.

Apesar de discordarmos, inclusive, da tipificação do porte de arma branca como contravenção penal, parece-nos inevitável que os nossos legisladores tomem alguma atitude, tendo em vista que o atual cenário social expõe o contexto em que eles costumam tomar medidas legislativas, as quais, ao nosso ver e conforme elencadas anteriormente neste trabalho, tem sido ineficazes.

Deste modo, em que pese pudéssemos traçar outras variadas críticas acerca da criminalização da conduta em tela, passemos a indicar o que talvez seria uma saída mais compatível e congruente para com o nosso ordenamento jurídico, caso haja real necessidade na mudança de tratamento do porte de armas brancas.

No ordenamento jurídico penal, especificamente a partir do artigo 59 do Código Penal, temos as previsões relativas ao cálculo da pena do agente que porventura vem a ser condenado por prática delituosa.

Todo o sistema trifásico de cálculo da pena fora moldado, dentre outras finalidades, para atender ao princípio da individualização da pena, o qual preceitua que a pena a ser aplicada deve ser moldada ao caso concreto e atender as características pessoais do condenado. Isto é, a depender do contexto em que o crime fora praticado, bem como de quem o praticou, a pena será variável, inclusive podendo ser estabelecida aquém do mínimo ou além do máximo cominados no tipo penal.

Dentro do cálculo, há institutos aplicáveis que visam moldar a pena, seja para aumentá-la ou diminuí-la, a fim de atender a personalidade e, principalmente, a culpabilidade do agente.

Neste interim, verifica-se que conforme a gravidade, culpabilidade e responsabilidade do agente seja elevada para o tido como comum ao caso previsto, a pena do agente será aumentada, sendo que temos dois principais institutos neste sentido, quais sejam as agravantes e as causas de aumento de pena. Isto é, pautado no caso concreto, a depender das circunstâncias que circundam a prática criminosa, o agente poderá ter sua pena agravada ou aumentada.

No tocante a utilização de armas brancas para atos de violência ou grave ameaça, como são costumeiramente empregadas atualmente, parece-nos mais prudente uma alteração legislativa que a venha tratar como agravante genérica, dentro do rol do artigo 61 do Código Penal, do que considerá-la como crime autônomo.

Melhor dizendo, pela dogmática penal e, inclusive, pautado nos fundamentos políticos para eventual mudança legal, demonstra-se conveniente o tratamento do emprego de armas brancas como agravante genérica, as quais visam agravar a pena do agente de acordo com a sua maior culpabilidade.

Veja, se faz lógico agravar a pena do agente que se vale de uma faca para praticar violência ou grave ameaça quando comparada ao agente que pratica o mesmo delito sem utilização de qualquer instrumento potencialmente lesivo.

Sendo assim, diante de eventual necessidade de mudança de tratamento, surge como hipótese mais plausível e coerente para com os ensinamentos penais, inserir o emprego de arma branca como agravante genérica, ao invés de criminalizá-la como crime autônomo pelo simples fato de se presumir que será utilizada posteriormente em outro delito, vez que, na primeira opção, pune-se aquele que efetivamente pratica um delito grave.

A PUNIÇÃO PELO PORTE DE ARMA BRANCA COMO FORMA DE ETIQUETAMENTO

Ciência autônoma, porém paralela ao Direito Penal, a Criminologia detém dentro dos seus estudos uma linha de estudo denominada de etiquetamento ou estigmatização ou, ainda, *labeling approach*.

Sabe-se que a Criminologia divide seus estudos entre o crime, a vítima, o controle social e o criminoso. Neste último plano, durante a década de 50, surgiu nos Estados Unidos a chamada “Nova escola de Chicago”.

Esta “escola” nada mais é que um conjunto de estudiosos que propagaram seus estudos criminológicos, dentre os quais se encontravam a linha de raciocínio inicialmente destacada.

Em suma, a teoria do etiquetamento nada mais é do que a rotulação dos indivíduos que já se viram envolvidos em uma relação criminal, sendo classificados como sujeito ativo de um ato delitivo.

Relata a teoria supracitada que o agente que é acusado e, porventura, condenado por um crime, por vezes passa a ser estigmatizado pela sociedade em que convive. Isto é, o indivíduo que se vê como Réu em uma ação penal ou porta antecedentes criminais automaticamente passa a ser alvo de preconceito da sociedade, sendo taxado como

criminoso incessantemente.

Dentre os mais variados preconceitos sociais, indiscutível que há rotulação e desconfiança em relação àqueles que já estiveram envolvidos com ações criminosas, ainda que de menor gravidade.

De acordo com Yasmin Maria Rodrigues Madeira Costa (2005, p.34), pode se considerar estigma como:

[...] uma classificação social por meio da qual um grupo de indivíduos identifica outro de acordo com o certos atributos reconhecidos pelos sujeitos que classificam como negativos ou desabonadores. A própria palavra “favelado” traz o sentido de estigma, não significando tão somente o “morador de favela”, mas denota uma identidade social negativa.

Pois bem. Sem intenção de aprofundar o texto em relação à teoria criminológica em apreço, optamos por trazê-la à baila para elaboração de um raciocínio entrelaçado com eventual criminalização do porte de armas brancas.

Exaustivamente já destacamos que atualmente o porte de arma branca é previsto como contravenção penal, sendo que há clarividente intenção dos legisladores em elevá-lo a condição de crime.

Aparentemente, a tipificação em si não sofreria mudanças consideráveis, ou seja, continuaria a ser uma infração de perigo abstrato, que não exige intenção específica por parte do sujeito ativo para configuração, enfim, manteria os mesmos traços atuais, alterando-se basicamente sua natureza jurídica e classificação dentro do ordenamento criminal.

Imaginando a tipificação de referida conduta como crime, passa-se à análise de como ocorreria sua caracterização.

Diz-se na imprensa que, obviamente, aqueles que estiverem portando arma branca em decorrência da atividade laboral que exerce ou, ainda, por motivos de atividades justificáveis, teriam sua conduta considerada como atípica.

Entretanto, como seria realizado este exercício de verificação? Quais seriam os critérios utilizados para verificação da (a) tipicidade? Há critérios razoáveis neste contexto? Quais seriam as circunstâncias preponderantes para caracterização do delito?

Parece-nos que a criminalização da conduta é altamente vaga, sendo que seu enquadramento como crime deixaria indivíduos a mercê de uma grave consequência, causando considerável insegurança jurídica. Afinal, como saber como a autoridade que eventualmente lhe surpreender portando uma face irá interpretar o caso?

No caso em tela, novamente trazendo à superfície os argumentos legislativos no sentido de que a criminalização visa atingir os indivíduos que pretendem praticar crimes mais graves com o emprego de armas brancas, nos leva a crer que serão enquadrados como sujeitos ativos deste novo crime os agentes que se possa presumir que detinham intenção delitiva futura.

Isto é, imputar-se-á o porte de armas brancas em relação aos agentes que as autoridades policiais e judiciais presumirem que iriam praticar um segundo delito, mediante emprego daquela arma.

Ocorre, entretanto, que todo e qualquer exercício de presunção leva em consideração uma considerável carga de subjetividade daquele que se coloca a interpretar a situação fática.

Neste interim, parece nítido que as consequências sobrevirão atinentes àqueles que são alvos de etiquetamento pela sociedade. Ora, crível supor que o crime basicamente será imputado aos agentes que sofrem preconceito de raça, cor e classe social perante a sociedade, uma vez que são estes que a sociedade supõe que irão praticar crimes.

Inegável que os fatores acima destacados causam na população pensamentos preconceituosos, culminando em pensamentos estigmatizadores em relação a determinados agentes a depender da posição que ocupam na pirâmide social.

Em relação a esta atuação preconceituosa natural da sociedade, expõe Luiz Fernando Kazmierczak (2010, p. 38):

Basta o sujeito ter passado pelos corredores da justiça criminal para ser apontado pelos demais como criminoso. É contumaz que a sociedade não questione acerca dos motivos, razões e circunstâncias da prática do ato, ou mesmo se o foi reparado, ela apenas enxerga naquele indivíduo a marca deixada pelo sistema penal, criando o estigma do delinquente. Com isso, a pena se perpetua na pessoa do condenado mesmo após o seu integral cumprimento na seara da justiça penal.

Logo, com pesar, parece possível afirmar que as imputações deste eventual crime que se pretende inserir no ordenamento jurídico, atingirá a parcela estigmatizada, rotulada e etiquetada da sociedade, que é tratada, sem maiores fundamentos, como potencialmente criminosa.

Sendo assim, além da incompatibilidade para com os ditames do Direito Penal, a criminalização do porte de arma branca nos faz crer na criação de mais um instrumento de preconceito e exclusão social na sociedade brasileira, posto que fatalmente a conduta será imputada aos agentes que a sociedade, discriminatoriamente, trata como potenciais criminosos.

CONCLUSÕES

Por todo o exposto, infelizmente, podemos traçar algumas considerações desanimadoras que traduzem a atuação legislativa e social na seara do ordenamento criminal brasileiro.

Ao que se vê, o Poder Legislativo em sua maioria vem sendo movido com fulcro em comoções sociais que apelam por combate eficaz da criminalidade que assola nosso país.

Ocorre que os anseios sociais, comumente, são no sentido de exigir maior criminalização e punição de condutas, fator, este, deveras ineficaz quando utilizado solitariamente em contraponto a delinquência.

A política criminal com um mínimo de eficiência passa pela atuação em diversas camadas e setores sociais, sendo que a atuação do Direito Penal, principalmente por meio de punição, é tão somente o fim de um caminho que se inicia longinquamente antes.

Em relação ao objeto central de estudo do presente trabalho, qual seja eventual criminalização do porte de arma branca, entendemos se tratar de mais uma medida emergencial e descuidada do nosso legislativo, visando apenas afagar os anseios sociais, passando uma falsa sensação de repressão eficaz em relação aos agentes criminosos.

Ainda, de acordo com o raciocínio traçado, em caso de real necessidade de alteração legislativa, parece-nos que surge como hipótese cabível e sensata a inclusão da utilização de instrumentos potencialmente lesivos para prática criminosa no rol de agravantes genéricas, previsto no artigo 61 do Código Penal ou, eventualmente, como causa de aumento de pena em determinados crimes.

A simples e pura criminalização do porte de arma nos leva a crer que consistirá em violação e não observâncias dos princípios básicos que sustentam o Direito Penal, como por exemplo o da intervenção mínima e fragmentariedade.

Por fim, ressalta-se que eventual criminalização de referida conduta traz fundado risco de ser utilizada como instrumento de preconceito e estigmatização de parcela da população, posto que lhe será imputada uma acusação com fundamento em presunção de prática criminosa futura.

Sendo assim, conclui-se que o caso exposto, caso concretizado, traduz, novamente, mais uma atuação descomedida e temerária do Poder Legislativo brasileiro, o qual vem se pautando basicamente com punição e segregação dos agentes criminosos, sem qualquer preocupação com as reais causas da criminalidade.

REFERÊNCIAS

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. **Manual de criminología sociopolítica**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2013.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**. 1. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais 1992.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico; 16).

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia: estudio sobre el delicto y la teoria de la represión**. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2005. (Memoria criminológica; 2)

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As ciências criminais no século XXI).

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial: crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura, arma de fogo, contravenções penais, crimes de trânsito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Forense, 2014.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativa à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SELETIVIDADE CRIMINAL E VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIADOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Gustavo de Souza PREUSSLER¹⁸

RESUMO

O objeto da criminologia tem se relegado a uma simplista complementação a ciência jurídico-penal. Esta visão confunde o verdadeiro objeto criminológico com o objeto da dogmática legalista-penal. A criminologia ocupa-se do processo de análise política. Toda a criminologia é política. Se de um lado ela reflete a atuação das agências repressivas do Estado em um postulado meramente descritivo, de outro ocupa-se com a crítica e a perspectiva lógica de sua atuação, de seus agentes e de suas ideologias. Ambas as abordagens são politicamente carregadas, tanto a criminologia hegemônica, que já inspirou e legitimou o discurso da seletividade dos inimigos da sociedade. No dizer de Eugenio Raúl Zaffaroni, a ligação entre criminologia e política é inegável e objetiva sua mais alta evidência em nossos dias, pois toda criminologia se ocupa de reforçar ou criticar atos políticos. A criminalização - de uma conduta, raça, etnia, religião ou opção sexual - expressa na verdade um ato político de seletividade de inimigos sociais. Assim, quando um magistrado ordena que a polícia reprima uma manifestação ou proíba que ela aconteça, está exercendo um poder político e tomando uma decisão política.

PALAVRAS-CHAVE: Seletividade; Criminalização; Movimentos Sociais.

RESUMEN

El objeto de la criminología ha sido relegada a una conclusión simplista de la ciencia jurídica y penal. Este punto de vista confunde el objeto real con el criminológica objeto de la dogmática legalista-penal. La criminología se ocupa con el proceso de análisis político. Toda la criminología es política. Por un lado refleja el desempeño de los organismos Estado represivo en una puramente descriptiva postulado por el otro se ocupa de la perspectiva crítica y lógica de su funcionamiento, sus agentes y sus ideologías. Ambos enfoques son políticamente cargadas, tanto la criminología hegemónica, que ha inspirado y legitimado el discurso de la selectividad de los enemigos de la sociedad. En palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni, el vínculo entre la criminología y la política es innegable y su mayor evidencia objetiva de hoy, para todos ofertas criminología con fortalecer o criticar los actos políticos. La criminalización - de conducta, la raza, el origen étnico, religión u orientación sexual - en realidad expresa un acto político de la selectividad de los enemigos sociales. Así que cuando un juez ordenó que la policía vaya reprimir una manifestación o prohibir lo que hace, que está ejerciendo un poder político y tomando una decisión política.

PALABRAS-CLAVE: Selectividad; Criminalizaccion; Movimientos Sociales.

INTRODUÇÃO

Com a finalidade de caminhar nas trilhas obscuras do direito penal subterrâneo, constantes na vitimização secundária dos movimentos sociais será necessária à abordagem sobre o processo de criminalização primária e secundária, a seletividade, o poder das agências de criminalização.

Como é extenso o processo de seleção criminalizante dos movimentos sociais, se optará aqui traçar algumas linhas *in abstracto*.

No tópico “1” trabalharemos a criminalização primária e secundária dos movimentos sociais. É importante trazer ao leitor, que o processo criminalizante tem origem ideológica das *leis de luta* contra perigosos sociais.

No tópico “2” será abordada a seletividade destes perigosos sociais e a “coincidência” simbiótica entre integrantes de movimentos sociais, anarquistas e manifestantes de rua com perigosos sociais. Trata-se aqui de demonstrar a cômoda ideia de neutralização pré-selecionada pelo sistema punitivo.

No tópico “3” será transcrito como o poder das agências de criminalização dominam a atuação policial e criam uma verdadeira criminalização vitimizante secundária (subterrânea ou não oficial).

No tópico “4”, como desfecho, mas sem esgotar o assunto, será exposto como a Polícia mata e a Justiça Penal enterra, seja simbolicamente, seja efetivamente.

A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

A sociedade complexa, também chamada por Ulrich Beck de sociedade de risco, reafirma a conduta estatal de criminalizações. Os perigos e os perigosos ocupam um lugar comum no imaginário coletivo. O teorema de Thomas aparece aqui como uma profecia autorrealizável em que “se as pessoas definem certas situações como reais, elas são reais em suas consequências”. Se determinado grupo de pessoas é definido como reais inimigos, eles são inimigos perante os olhos dos Aparelhos Repressivos do Estado.

É frequente o uso dos simulacros e das simulações para definir *de quem* são os estereótipos: os criminosos, os delinquentes, os daninhos para a sociedade, aqueles que devem ser excretados do sistema social através do sistema punitivo, seja pelo sistema penal

oficial, com a morte social através do cárcere, seja pela morte física produzida pela ação violenta estatal.

A sociedade de risco contribui para a lógica acima mencionada. Incute no imaginário coletivo os estereótipos e a concentração da pulsão vingativa/projeção do medo em determinado grupo de pessoas: os bodes expiatórios. O capitalismo periférico, com a sua grande capacidade para a exclusão social e para guerras civis, militares, ideológicas, sempre pautadas no *alter* (no outro) como objeto de neutralização, confere à vítima expiatória uma perspectiva pós-moderna, fria, desumana, objetiva e racional.

Na sociedade capitalista moderna, o aumento da produção do capital expande os riscos de formação de movimentos sociais que irão se rebelar contra a violência estrutural. Os perigos são distribuídos pela ordem técnico-científica, como um meio de repartição dos conflitos que surgem na relação produtiva. No caso dos movimentos de reivindicação de direitos nas ruas (manifestações), a repartição dos conflitos fica expressa na criminalização secundária empregada pelo Estado Policial.

Dentro da divisão da riqueza e dos conflitos massacrantes, existem vítimas sem rosto, populações inteiras flageladas pela exclusão e pela subtração total de riquezas ocasionada pelo capitalismo animalesco da modernidade, uma verdadeira ditadura da escassez. Sobre a produção de exclusão social, preconiza Ulrich Beck:

Ambos os “paradigmas” da desigualdade social referem-se, sistematicamente, a épocas determinadas no processo de modernização. A distribuição e os conflitos de distribuição em torno da riqueza produzida socialmente se encontraram no primeiro plano perante o pensamento e a atuação dos seres humanos e estão dominados, nos países e nas sociedades (hoje, em grande parte do chamado Terceiro Mundo), pela evidência da miséria material, pela “ditadura da escassez”. Sob estas condições da sociedade da carência se tem e se consoma o processo de modernização com a pretensão de abrir, com as chaves do desenvolvimento técnico-científico, as portas das fontes ocultas da riqueza social. Essas promessas de libertação a respeito da pobreza e da dependência que um mesmo não lhe tenha causado estão na base da efetividade, do pensamento e da investigação com categorias de desigualdade social, e em concreto desde a sociedade de classes, passando pela sociedade de capas, tem a sociedade individualizada.

Sobre as tensões sociais produzidas pela globalização pós-moderna, existem fontes de lutas e de conflitos que fundamentam e/ou são limitadas por esses riscos produzidos pelo

sistema penal subterrâneo e no curso dos discursos da questão criminal midiática (criminologia midiática de legitimação). Os perigosos, daninhos à sociedade de consumo, são considerados subprodutos sociais. Reafirma-se a ideia de divisão de classes: “No caso limite, amigos e inimigos [...] estão expostos à pressão igualitária dos riscos civilizatórios que se potencializam [...] ademais, [a sociedade de risco] obriga a humanidade a unir-se nas situações de autoameaças civilizatórias”. Deste modo, a sociedade atual se caracteriza como uma sociedade de risco, em que o perigo e o risco envolvem expectativas cognitivas para a ordem social. Na pretensão pós-moderna, o risco volta-se à segurança pública e à exclusão da massa e produção de violências policiais, calcada sempre no ideário de confiança e de expectativa de agir.

Também é neste sistema excludente que a população adere ao sistema penal subterrâneo, seja pela apatia crítica, seja pela influência da adesão subjetiva à barbárie, em que associa a “expansão e reorganização da prisão e seus tentáculos institucionais, que reforma a paisagem sócio-simbólica, reconstruindo e reconfigurando o próprio Estado que se converteu em Estado penal como potente motor cultural, com seus próprios direitos, categorias, classificações e imagens”.

Os anarquistas, por exemplo, são considerados inimigos objetivos do Estado capitalista. São estereotipados como não-pessoas, passíveis de eliminação com o uso do sistema penal subterrâneo. Adota-se, neste postulado, evidente Estado de Exceção como regra permanente.

Nestas sociedades de risco, são selecionadas algumas pessoas que serão objeto da coação do poder punitivo com a finalidade de imposição de pena. Este é um poder de definição, em que “o Direito penal do cidadão é Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”. Esta guerra é decretada de modo subterrâneo, contra os daninhos à sociedade pelos Aparelhos Repressivos do Estado.

A seletividade ou processo seletivo criminalizante opera de dois modos. O primeiro, chamado de criminalização primária, é “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”; e o segundo, “a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”. Para Kathryn Chadwick e Catherine Little, “o processo de criminalização é a aplicação de um

rótulo criminal para uma categoria social específica”. O conceito de criminalização secundária é utilizado aqui como uma forma reflexa da estrutura de luta de classes, em que a própria justiça adere a toda a violência legítima ou ilegítima produzida pelo Estado. É a finalidade da política criminal de derramamento de sangue exposta por Nilo Batista, como “o desempenho concreto das agências públicas, policiais ou judiciárias, que se encarregam da implementação cotidianamente não só dos critérios diretivos enunciados ao nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico”.

A criminalização primária de movimentos reivindicatórios encontra-se no Projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012): “Causar terror na população mediante as seguintes condutas: [...] IV - incendiar, depredar, saquear, explodir ou invadir qualquer bem público ou privado”. Condiciona o respectivo projeto uma exclusão de crime: “§ 2º Não constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade.” Observa-se que as manifestações devem, segundo o projeto, ser controladas pelo próprio Estado.

A esperança dos cruzados morais é que a criminalização primária seja levada a cabo integralmente pela criminalização secundária. O que se quer dizer aqui, é que, transformar a manifestação pública em um objeto criminalizado e lança-la aos ventos da discricionariedade dos Aparelhos Repressivos de Estado, nada mais é que a justificação de atos de barbárie policial. Ainda se pode afirmar que o Estado Policial, por ter sua estrutura pautada na mesma lógica da produção capitalista, ou seja, como produção de sequestrados punitivos, seleciona o baixo escalão delitivo ou os estereotipados para servirem de bode expiatório. Mas também, aqueles que incomodam o alto escalão, como ocorre nas manifestações de rua. Nesse sentido, Richard Quinney argumenta que, “na sociedade capitalista com a saúde em ordem e com os benefícios da classe capitalista, a classe dos proprietários controla os meios de produção. A justiça capitalista pertence à classe capitalista, para a classe capitalista e contra a classe trabalhadora”.

Os *anarquistas*, os *criminosos*, os responsáveis por *tumultos* e os *perigosos* são bodes expiatórios. Inverte-se a situação de vítima para a consolidação da situação de algoz; os papéis sociais dentro do campo jurídico são trocados. Um estudo de Kathryn Chadwick e

Catherine Little aponta que a criminalização é uma resposta política ao protesto social, cuja finalidade é usar a forma legal para rebaixar e calar as pessoas politicamente. O processo criminalizante inicia com o *labelling*, a fixação da etiqueta ou o poder de definição. Esse poder é exercido pela polícia e legitimado pelo controle judicial no processo penal.

A matriz do processo de criminalização tem suas raízes na perspectiva do *labelling*. Este foca a construção social do crime como sentido do controle social. Não é usado, neste aspecto, o conceito de controle do estado, que sugere que os rótulos criminais são aplicados para atividades consideradas ilegais para a maioria, mas mais relevante para o Estado Capitalista são as identificações como tratamento político de estabilidade e da continuação da ordem deste mesmo Estado.

A criminalização secundária pode ser considerada como a redefinição de atos políticos como marginais, fora-da-lei. Esse instrumento é usado para proteger e reforçar os interesses da ordem estabelecida e da economia.

Assim, a criminalização secundária possui uma orientação seletiva. Em que pese a criminalização secundária se operar seletivamente – como no caso acima mencionado –, a verdadeira seletividade se dará pelo sistema penal e por seus agentes. A justiça capitalista é uma forma de manutenção do *status quo* da classe dominante. Esta eficácia invertida, segundo Vera Regina Pereira de Andrade, tem a significação de uma verdadeira função latente (pulsão vingativa reprimida), em que a finalidade real do sistema penal não é efetivar uma redução ou eliminação da criminalidade com a proteção de bens jurídicos universais, mas sim o contrário, construir a tutela penal de modo seletivo e estigmatizante, um verdadeiro processo de reprodução. Esse processo material é ideologicamente apegado às assimetrias da sociedade, tais como as classes, o gênero e a raça.

As questões sobre justiça do cotidiano são confiadas ou não à legalidade somente sob o critério arbitrário da administração burocratizada do sistema penal. A justiça não atua somente na ideia do bem social ou da ordem natural, mas também na sobrevivência e nas necessidades do sistema capitalista. O julgamento encontra-se nas mãos dos Aparelhos Repressivos do Estado Capitalista. Sem falar no fato de que esses mesmos julgamentos são feitos de modo subterrâneo, policialesco, com execuções sumárias. Segundo Lola Aniyar de Castro, o grande problema é a intensa politização do tema *segurança pública*:

Os governos ocultam [...] a realidade, e então as soluções se obstacularizam; o bem, os construtores do medo destroem a qualidade de vida e a gestão de um bom governo que de outra maneira poderia aproximar-se da paz e da felicidade. O medo permite gerar forças armadas repressivo-preventivas das populações carentes, tanto nas fronteiras legais como na rua. O uso político do medo como forma de controle da população não somente, pois, põe em xeque as vidas cidadãs, mas fragiliza as íntimas: a ingovernabilidade: “Delito grave!” “A democracia não pode ser frágil”, disse o “homem a pé”. Como consequência, produz-se uma intensificação do estereótipo do mal e perigoso e uma repressividade e um controle incrementados que se estendem a toda uma classe social. A abundância das penas modistas e a “generosa” resposta institucional parecem atualmente ser, ademais, um fenômeno global.

Outro fator que orienta a criminalização secundária pré-selecionada é a atuação dos órgãos de comunicação em massa, que por hora imputam aos juízes a condição de traidores da guerra contra o crime e contra os subversivos, tais como os manifestantes de Rua. Seja porque, assustados com as opressões que podem sofrer dos verdadeiros soberanos do Estado – os detentores dos meios midiáticos, de produção e da política –, obedecem às regras estabelecidas pelos criminalizadores não oficiais, seja porque o magistrado efetivamente efetua uma projeção negativa ao manifestante de rua, seja porque se amedronta frente ao poder capitalista, o argumento se converte em um só: “Eles – os estereotipados – não têm direitos, porque matam, não são pessoas, são a escória social, as fezes da sociedade”. A inversão discursiva se dá no papel de vítimas do Estado Policial, tratadas como verdadeiros algozes.

194

A SELETIVIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Segundo relatório do Banco Mundial, descobriu-se que os pobres são muito menos protegidos pelo sistema penal que os ricos, isto, obviamente, em nível global, não só no Brasil. Essa seletividade negativa – de não-proteção – é conferida pelo próprio *status* de cidadania negativa ligada aos rótulos impostos pelo sistema penal subterrâneo, aquele que emerge nas sombras dos direitos e garantias fundamentais. A baronesa Viven Stern, em sua obra *Criando Criminosos*, conclui que os sistemas de justiça penal no mundo são injustos, pois “discriminam os pobres e as minorias, são pouco sensíveis aos problemas das mulheres e negligentes com as crianças; protegem os ricos e ignoram os necessitados. São ineficientes e corruptos; são parte do problema da delinquência mais que de sua solução”. Vera Malaguti Batista e Nilo Batista também concluíram que “esses setores vulneráveis,

ontem escravos, hoje massas marginais urbanas, só conhecem cidadania pelo seu avesso, na ‘trincheira auto-defensiva’ da opressão dos organismos do nosso sistema penal”.

A eficácia desses sistemas ou Aparelhos Repressivos de Estado é mensurada na capacidade de intimidação que podem exercer sobre as classes subalternas. Mais ainda, é mensurada na capacidade de decidir sobre quem deve morrer ou quem pode viver, na potência criminalizante secundária subterrânea.

Lola Aniyar de Castro expõe o problema da justiça como uma verdadeira crise de legitimidade, que demonstra claramente os sintomas da doença pelo qual todo sistema social está passando. Muitas vezes, os próprios magistrados não conseguem, a partir de sua atuação, verificar a postura política que estão adotando. Assim como aqueles denominados operadores do direito não compreendem a capacidade (des)legitimadora que podem produzir sobre o sistema judicial. Simplesmente há reprodução das violências constantes na própria sociedade, sejam simbólicas, sejam efetivas.

A assertiva de Michel Foucault é verdadeira: no sistema penal, “procurou-se constituir, no próprio interior das massas populares, um pequeno núcleo de pessoas que seriam, por assim dizer, os titulares privilegiados e exclusivos dos comportamentos ilegais. Pessoas rejeitadas, desprezadas e temidas por todo mundo”. Até mesmo o homicídio dos pertencentes às massas populares pode ser considerado um ato de heroísmo. Esse fato fica evidente na criminologia midiática da direita política. Neste sentido, expõe Jock Young que, “para os teóricos rotulacionistas, a quantidade de crime, o tipo de pessoa e de infração selecionados para serem criminalizados, e as categorias usadas para descrever e explicar o desviante são construções sociais. O crime, ou desvio, não é uma coisa ‘objetiva’ que lá está, mas um produto de definições socialmente criadas: o desvio não é *inerente* num item de comportamento, mas é *aplicado* a ele pela avaliação humana”.

195

O PODER DAS AGÊNCIAS DE CRIMINALIZAÇÃO: A ATUAÇÃO POLICIAL E A VITIMOCRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

O sistema penal subterrâneo utiliza, muitas vezes, como discurso legitimador de suas ações, o sistema de justiça ordinário. O judiciário enterra, enquanto a polícia mata. Segundo Massimo Pavarini, “a função simbólica do direito penal decorre do lugar ocupado pelo sistema clássico de justiça penal na reprodução das diferenças sociais, ou seja, na

conservação da realidade social desigual”. O poder das agências punitivas é na verdade um poder de degradação social, seja do acusado, seja da vítima, desde que pertençam à mesma classe social.

A vitimização segue a mesma lógica da criminalização e os conceitos se encontram na criminalização secundária do direito penal subterrâneo. São modalidades de seletividade vitimizante do poder punitivo subterrâneo (criminalização secundária subterrânea): (i) *vitimização segundo o estereótipo, estigma ou rótulo*; (ii) *vitimização segundo comportamento contra-hegemônico*; e (iii) *vitimização devido a falta de imunidades*.

Assim como existe um filtro de seletividade dentro do sistema penal oficial, o sistema penal subterrâneo também opera no mesmo sentido, mas não se baseia no regramento jurídico. Utiliza para operar sua violência estatal não-oficial a lógica de classes e do poder econômico/político. O estado de não-imunização à violência, agregado ao preconceito de determinados setores da sociedade, reforça a pulsão vingativa do Estado e possibilita a perpetração de atos abusivos. Anteriormente, mencionamos, na *criminologia da reação social*, as teorias do estigma, estereótipo e rótulo. O estigma é um fator disposto no sujeito que adere à sua própria subjetividade, mas não é propriamente construído institucionalmente. O estereótipo considera que a sociedade é dividida em classes e o delinquente é uma construção do próprio sistema. O *labelling* ou rotulagem leva em consideração a questão psicológico-comportamental, como é o caso dos usuários de entorpecentes, mas também estes mesmos setores da sociedade que consideram os usuários de drogas como subversivos (classe dominante) criam o desvio ao efetivar regras particulares que rotulam o indivíduo como desviante. O desviante, nesse, caso é uma vítima expiatória. A vitimização secundária subterrânea se aproxima mais do estereótipo, um vilão simbólico que é convertido em inimigo eliminável pela hostilidade do sistema penal subterrâneo.

A *criminalização secundária subterrânea* por comportamento *contra-hegemônico* é aquela agregada à tentativa de reprodução e modificação do sistema social. As lutas por reforma agrária, os movimentos dos sem-teto, os movimentos LGBTs, indígenas e remanescentes de quilombolas são formas de luta contra o sistema econômico capitalista. Estes grupos são vulneráveis e presas fáceis pelo sistema penal subterrâneo. Estima-se que,

no Brasil, entre os anos de 2007 e 2011, houve 982 ameaças de morte sofridas pelos *condenados da terra*, que reivindicam um pedaço de terra para sobreviver. Um exemplo de *criminalização secundária subterrânea pelo comportamento contra-hegemônico* fica claro na entrevista de Raimundo Nonato Gomes, líder da Comunidade Quilombola Alto Bonito em Brejo – Estado do Maranhão-MA, à Comissão de Direitos Humanos da OAB/MA, em dezembro de 2010:

Fui preso ano passado, por tentar me salvar dos tiros. Ainda peguei uma facada no pescoço, mas consegui me livrar. Quase cortaram minha goela. Daí fui preso por tentativa de homicídio contra o fazendeiro. Passei dois meses preso, como bandido de alta periculosidade. Fiquei livre ano passado (2009) e sou todo tempo ameaçado de morte com meus companheiros de trabalho. Todos os homens da comunidade foram ameaçados de morte pelo fazendeiro Fontineli, pelo Antonio, todo o tempo, todo o tempo. Já tentaram queimar a associação, e nois [sic] não sabe mais o que faz.

A terceira e última categoria é a *vitimização (criminalização) secundária por falta de imunização*. A justiça penal defende os interesses das classes dominantes. No caso do sistema penal subterrâneo, todo o aparelho repressivo do Estado é utilizado como uma determinação de realidade. Alguns recebem os bens negativos da sociedade e outros, os bens positivos (imunidade). Essa distribuição desigual esclarece a forma com que se dá o processo de dominação e exploração de uma classe social por outra.

A criminalização secundária subterrânea é uma situação bélica e muitas vezes com discurso reforçado com imagens de mesma categoria, mas que guarda em sua profundidade uma função política. Neste foco, podemos afirmar não só que a guerra é a continuação da política por outros meios, como também que a política é a continuação da guerra pelo sistema penal subterrâneo, em que o valor *segurança* substitui os vínculos sociais de solidariedade e simpatia para reforçar vínculos sociais verticais de autoridade e disciplina. Essa inversão de valores possibilita a legitimação de práticas abusivas em nome da *segurança cidadã*. Assim, “se considerarmos que os criminalizados, os vitimizados e os policizados (ou seja, todos aqueles que sofrem as consequências desta suposta guerra) são selecionados nos estratos inferiores cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma auto-destruição”.

A reprodução dessa imagem bélica consiste em ampliar a divisão de classes e a polarização da riqueza; manter a situação permanente de conflituosidade e ruptura comunicacional entre essas classes; produzir uma cultura do medo; relativizar valores essenciais em detrimento do postulado da *segurança cidadã*; dificultar a produção de uma justiça restaurativa; deslegitimar discursos de contenção das criminalizações; deslegitimar os deslegitimadores e atribuir a estes a responsabilidade da reprodução da violência, principalmente no discurso de *excesso de direitos*. A exemplo disso, um magistrado que determinou a expedição e cumprimento de um mandado de busca e apreensão fundamentou seu pedido na banalização da condição de pessoa. Trata-se assim de um verdadeiro direito penal subterrâneo travestido de sistema penal oficial:

Frise-se, por derradeiro, que a medida excepcional está calcada em diversas denúncias semelhantes, provavelmente endereçadas por cidadãos humildes e honestos da comunidade local que, certamente indignados com os desmandos do Elias Maluco e sua gangue, bem como o triste envolvimento de parca parcela de policiais corruptos com estes elementos espúrios, busca o único meio de reagir à impunidade crescente neste país; ou seja, denunciar às escuras! Destarte, este grito de socorro e justiça promovido pelo povo deve ser atendido COM URGÊNCIA E RIGOR, não só pelos policiais honestos, mais também e, principalmente, pelo Poder Judiciário, que ciente e consciente das dificuldades investigatórias dos incorruptíveis policiais e da fragilidade dos cidadãos que se aventuram em “denunciar” o lixo genético que lhes amedronta, cala e mata, não pode simplesmente encastelar-se de forma alienada para discutir meras filigranas jurídicas.

198

O sistema penal subterrâneo encontra resguardo no sistema penal oficial quando operacionalizado pelo denominado *juiz cego*. Este magistrado é guiado por motivos inconscientes e não detém controle ou conhecimento de seus pré-conceitos, somente os projeta nas sentenças, aderindo subjetivamente à barbárie do Estado Policial. Quando ciente de sua condição, torna-se um juiz populista, refletindo o populismo punitivo provocado pela demanda por ordem e por todo o aparato organizado que a *criminologia midiática* legitima como essencial para a *pacificação da sociedade*. É a reprodução da expressão kafkaniana de que *o tribunal é atraído pela culpa*. Tanto o juiz cego como o juiz populista transformam-se em meios de canalização vingativa, o primeiro pelo preconceito pessoal e o segundo, pelo preconceito coletivo.

O sistema penal subterrâneo coexiste com o sistema penal aparente (oficial) e se manifesta tanto no âmbito do controle social formal como no controle social informal. Como todo o controle social (penal) resulta em criminalizações, estas mesmas criminalizações subterrâneas existem no sistema penal oficial e no sistema penal subterrâneo. Se de um lado o sistema penal oficial criminaliza primariamente condutas pelo Poder Legislativo, os bens considerados dignos de tutela são comandados pela criminalização secundária subterrânea. É essa forma de sistema penal que considera aquilo que é bom ou mau para a sociedade, operando como verdadeiro superego da sociedade. Pode-se dizer hegemônica a criminalização primária, pois as expressões abstratas dos (i)legalismos punitivos se coadunam com condutas rotineiramente determinadas pelas classes subalternas.

Da mesma forma que se efetiva a seleção dos criminalizados secundários, as vítimas também sofrem este mesmo processo. E da mesma forma que se repete este processo de seletividade estigmatizante e baseado no estereótipo, assim ocorre na criminalização secundária. A seleção vitimizante secundária – vítimas dos fatos criminalizados primariamente – se expande na medida em que a tutela penal também se expande. Assim como existe uma distribuição seletiva de punições à classe dominada, a distribuição de justiça e injustiças também ocorre da mesma maneira como se dá a distribuição desigual de imunidades na criminalização secundária.

Louk Houlsman esclarece que “a intervenção estereotipada do sistema penal age tanto sobre a vítima como sobre o delinquente. Todos são tratados da mesma maneira. Supõe-se que todas as vítimas têm as mesmas reações, as mesmas necessidades. O sistema não leva em conta as pessoas em sua singularidade. Operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que diz querer proteger”.

Cada vez mais a justiça tem demonstrado que os direitos e garantias fundamentais somente podem ser exercidos por quem tem acesso aos meios de produção. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, “a chamada privatização da justiça (ora entendida como privatização dos serviços de segurança) aumenta essas distâncias, pois classes hegemônicas têm a possibilidade de pagar seus próprios serviços e, por conseguinte, de diminuir seus riscos de vitimização”. Cabe destacar que a vulnerabilidade ou seletividade

vitimizante secundária também se dá com base nos critérios de sexo, faixas etárias, étnicas, raciais e ligadas ao preconceito em geral.

A JUSTIÇA PENAL HEGEMÔNICA E A ADESÃO À CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Apesar de o mundo ocidental ser orientado por uma cultura jurídica que se autoproclama democrática, verifica-se que esse mesmo culturalismo contém traços de autoritarismo.

Para se referir à democracia, não raras vezes esta é confundida com o próprio conceito de liberalismo. Apesar de se apropriar de elementos liberais, o único critério que efetivamente permanece é a igualdade enquanto ideologia. Democracia ideologicamente seria a liberdade tutelada pela lei, segundo Giovanni Sartori. No entanto, a lei penal não se reporta mais a uma Carta Magna do criminalizado, mas sim a um amplo leque de possibilidades de sequestros institucionalizados. Em regra a única identidade entre democracia e liberalismo é a igualdade. No entanto, como vimos anteriormente, a distribuição de imunidades e criminalizações entre classes dominantes e dominadas é totalmente desigual. Em contrapartida, “a democracia aparece, para alguns, como forma política inseparável dos interesses dominantes”.

O Aparelho Repressivo de Estado (Polícia) mata mais na guerra às drogas do que no regime militar. Podemos afirmar que a democracia no capitalismo videofinanceiro é somente uma reprodução do terror de Estado. Apesar de o Estado brasileiro se autodenominar democrático, suas instituições, inclusive a Justiça Penal, demonstram cada vez mais sua subserviência ao poder econômico. A justiça penal não é democrática; é autoritária e reproduz toda a violência do sistema econômico.

A afirmação de que a justiça penal não é democrática, mas sim autoritária, se dá pelo fato de que a democracia que vivemos pós-ditadura é *tutelada*, ou seja, com o declínio do Estado de Bem-estar Social, a estrutura democrática foi desmantelada sob a supervisão institucionalizada do *Capital*. Logo, não houve revoltas ou protestos, mas sim o tratamento de todos os problemas sociais acumulados pela desregulamentação como aspectos emergenciais, que basicamente passam a ser alvo do sistema punitivo. As medidas cada vez

mais repressivas e o aumento da letalidade do sistema penal subterrâneo são formas para silenciar críticos dessa estrutura vil.

No que se refere ao conceito de hegemonia, leva-se em consideração a perspectiva gramsciana, em que a dominação de uma classe em detrimento de outra não se faz somente pela violência física, mas também pela violência intelectual e moral. O judiciário, por sua vez, é um guardião não só jurídico, mas também moral e, por vezes, projeta toda a sua pulsão vingativa e sua face hegemônica. Hegemonia é, assim, a justificativa e a garantia das criminalizações. Segundo Débora Regina Pastana, “os setores hegemônicos estabelecem um sistema de crenças e de valores que passam a ser considerados verdadeiros, ao mesmo tempo que organizam a sociedade”. Gramsci aponta ainda que, mesmo existindo uma crise da autoridade da classe dominante (criminalizadora), em razão de possuir um grande contingente de protetores nos aparelhos hegemônicos (Aparelhos Repressivos de Estado), a ordem sempre é retomada.

A mesma hegemonia projeta-se na sociedade civil, onde os movimentos sociais mudam de características nas últimas duas décadas e são rotulados pelo Aparelho Repressivo de Estado como condutas de depredações e incivildades. Esta adesão à barbárie se dá porque a sociedade é baseada no individualismo e na exclusão social. Assim, a mobilização e as reivindicações não têm sentido. Pode-se concluir que tanto a sociedade civil, como o poder judiciário aderem à forma democrática, mas não ao seu conteúdo. Sobre esta matriz, Débora Regina Pasta explica a lógica da atuação elitista dos operadores da justiça penal:

Evidência dessa contradição é certamente o comportamento dos profissionais da área jurídica, que têm como limite os valores defendidos pela elite burguesa, da qual alguns fazem parte e muitos querem fazer. Para construir e defender uma série de valores que sejam congruentes com a defesa da ordem econômica, o campo jurídico, permeado pelo interesse burguês, justifica a seletividade e o autoritarismo presentes em sua atuação, partindo sempre do senso comum hegemônico. Sem identificar diretamente que presta um serviço público, que por obrigação deveria ser democrático, esse campo age de forma seletiva encarcerando majoritariamente os pobres, reprimindo movimentos populares e se protegendo de qualquer intervenção alheia. Mantendo a estrutura econômica em vigor, toma todas as medidas necessárias, muitas delas violentas, mas sem abalar as formalidades democráticas, apenas desconsiderando as questões sociais.

Ao se falar de *justiça de classe*, devemos primeiramente falar do Estado. Este pode ser compreendido como uma organização constituída por seres humanos que estão interligados. Dentro dessa constituição, existem diversos estratos sociais com interesses não coincidentes. Desta forma, o próprio conceito de Estado inclui o conceito de Justiça de Classe. Segundo Karl Liebknecht, “a superioridade econômica de uma minoria da população pode conduzir a que uma minoria domine sobre uma maioria da população”.

A justiça penal de classe (hegemônica) e a polícia constituem uma unidade denominada de Estado de Polícia, em que a própria *justiça* exerce e maneja a vontade de polícia, conforme a afirmação foucaultiana de que a justiça está a serviço da polícia e não o contrário.

A justiça penal não tem a mesma autonomia que tinha no passado. A porosidade do capitalismo videofinanceiro impõe outras formas de solução de litígios e duras penas para determinadas condutas, como, por exemplo, o tráfico de drogas. David Garland expõe que “a justiça criminal está mais sensível às mudanças no humor público e à reação política” e tanto uma como outra são manipuláveis pelo sistema econômico. A demanda por ordem (criminalizações primárias) e a aplicação da pena (criminalizações secundárias) são verdadeiras ondas populistas protegidas pelo poder judiciário.

Na realidade, o poder do Estado não tem sua origem nele mesmo, nem é ele o depositário de determinações individuais em que se apoiam suas reivindicações à legitimidade. Seus componentes institucionais – desde as instituições cultural-ideológicas até o judiciário e os vários aparatos repressivos – não podem ser por si sós responsáveis pelo enorme poder que o Estado efetivamente exerce (embora ele o faça). Também não podem explicar o periódico colapso repentino do poder do Estado e sua subsequente reconstituição, às vezes sob a forma significativamente alterada. Tentar compreender as formações e os desenvolvimentos históricos deste tipo à luz da “soberania” fictícia dos indivíduos (nas sociedades de classe), associada à projeção de suas inclinações “contratuais” igualmente fictícias, é ainda menos plausível que o papel atribuído pelos teólogos cristãos a Pôncio Pilatos, citado despropositalmente no Credo. O poder do Estado pode ser mantido enquanto – e apenas até o ponto em que – seu relacionamento simbiótico com as estruturas do poder material da “sociedade civil” permanecer historicamente viável.

O sistema penal oficial esconde em seus escombros a sua verdadeira funcionalidade, uma função não declarada, latente. De um lado, o sistema penal oficial

formalmente tem uma rígida agenda garantista e humanista. De outro, a funcionalidade não declarada do sistema punitivo se ocupa em cumprir ou reproduzir a ideologia econômica. A ilusão do funcionamento do sistema penal não passa de uma ideologia dominante decorrente das agências de criminalização que cada vez mais ocultam as reais e invertidas estruturas simbólicas de dominação. Segundo Vera Regina Pereira Andrade, esta eficácia invertida acaba por significar uma função latente e real do próprio sistema punitivo. Não se trata de combater, reduzir ou eliminar a criminalidade, mas sim “construí-la seletiva e estigmatizante, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça)”. Não é a criminalidade que cria a intervenção penal, mas é a intervenção dos Aparelhos Repressivos do Estado que constrói as criminalizações, mediada pelo exercício do poder, do controle e da dominação punitiva da miséria.

Nesse enfoque, surge o processo criminalizante, primário, secundário e terciário. Esse processo criminalizante secundário também existe subterraneamente; na verdade, trata-se do processo de eliminação das classes subalternas pelos Aparelhos Repressivos do Estado.

203

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A análise da estrutura da criminalização secundária (subterrânea) e da justiça penal hegemônica permite a compreensão do funcionamento do Estado Policial e sua lógica de eliminação das classes subalternas ou de manifestantes que reivindicam direitos nas ruas.

2. O contexto exposto se aplica a prática abusiva da força contra manifestantes. Trata-se de esse mesmo tipo de criminalização como sistema de contenção (controle social) da violência contra-hegemônica, ou seja, da busca pelos direitos através de movimentos sociais ou manifestações populares.

3. A criminalização pode aqui ser entendida como a resposta política do protesto social, para usar as palavras de Kathryn Chadwick e Catherine Little. De outro lado, a criminalização secundária possui orientação seletiva, vinculada às teorias do estereótipo e rotulacionismo. Neste tipo de criminalização manifesta-se o positivismo criminológico e todo o seu senso comum.

4. A seletividade da criminalização secundária como sistema de contenção de manifestantes de rua é a capacidade que os Aparelhos Repressivos do Estado têm em selecionar aqueles que sofrerão a violência paralela (criminalização secundária hegemônica). Geralmente, essa seletividade é recomendada por cruzados (i)morais e por poderes econômicos e/ou políticos.

5. Os massacres são frutos da vitimocriminalização secundária (ou criminalização secundária subterrânea). A vitimização segue a mesma lógica da criminalização secundária do direito penal oficial no que concerne à seletividade e desenvolve-se sob três prismas: *vitimização segundo o estereótipo, estigma ou rótulo*; *vitimização segundo comportamento contra-hegemônico* e *vitimização devido a falta de imunidade*. O primeiro refere-se à característica do sujeito, o assujeitamento midiático imposto pela cultura de massa ou os preconceitos determinados culturalmente. No segundo, são vitimados aqueles que se rebelam contra o sistema capitalista de barbárie. Os defensores contra-hegemônicos são ameaçados e considerados inimigos comuns da sociedade.

O sistema penal oficial esconde sua verdadeira funcionalidade quando as classes dominantes perdem força ou estão em fragilidade frente aos movimentos sociais. Se existe um direito penal subterrâneo, também existe a criminalização secundária subterrânea.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina P.. ***Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des) ilusão***. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. ***La Política Criminal en desbandada: Miedo, Seguridad, Políticas Públicas. De la “criminalidad moderna” al peligro del “Derecho Penal Posmoderno”***. In: MIKI, Regina. *Impasses da Política Criminal Contemporânea*. Cadernos Temáticos da Conseg. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

ANYAR DE CASTRO, Lola. ***Criminologia da Libertação***. Trad. Silvia Moretzshon. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BARATTA, Alessandro. ***Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal***. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Nilo. ***Política criminal com derramamento de sangue. Discursos Sediciosos***, Rio de Janeiro, vol. 5/6, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à Barbárie. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.) ***Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal***. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. ***Difíceis ganhos fáceis***. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad***. Barcelona, Buenos Aires e México: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. ***La sociedade del riesgo: Hacia una nueva modernidade***. Barcelo, Buenos Aires e México: Paidós, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais***. Vol. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006.

CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; WICHINIESKI, Isolete (orgs.). ***Conflitos no Campo Brasil 2011***. Goiânia: CPT Nacional Brasil, 2012.

CARVALHO, L. G. Grandinetti C. **Quem é o Juiz que aplica a Pena?**. In: In: LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. R.. Temas para uma perspectiva crítica do direito penal. Lumen Juris: Belo Horizonte, 2010.

CHADWICK, Kathryn; LITTLE, Catherine. *The criminalization of woman*. In: SCRATON, Phil. *Law, order and the authoritarian State*. Filadélfia: Open University Press, 1987.

CLAUSEWITZ, Carl von. ***Da Guerra***. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DE GIORGIO, Alessandro. ***A miséria governada através do sistema penal***. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

FOUCAULT, Michel. ***Nascimento da Biopolítica***. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. ***Vigiar e Punir***. Trad. Lúcia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977.

GARLAND, David. ***A Cultura do Controle do Crime: Crime e ordem social na sociedade contemporânea***. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

GRAMSCI, Antonio. ***Maquiavel, a política e o Estado moderno***. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

HULSMAN, Louk; BERNART DE CELIS, Jacqueline. ***Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão***. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: LUAM, 1993.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. ***Direito penal do inimigo: noções e críticas***. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIEBKNECHT, Karl. ***Acerca da Justiça de Classe***. Trad. Emil von München. São Paulo, Munique e Paris: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2002.

MELLIM FILHO, Oscar. ***Criminalização e seleção no Sistema Judiciário Penal***. São Paulo: IBCCrim, 2010.

MÉSZAROS, István. ***O poder da ideologia***. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2004.

MISSE, Michel. ***Sobre a construção social do crime no Brasil – esboços de uma interpretação***. In: MISSE, Michel. *Acusados & Acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan/FAPERJ, 2008.

NARAYAN, Deepa. ***Voices Of the Poor: Can anyone hear us?*** Nova Iorque: Oxford University Press/Banco Mundial

NEDER, Gizlene. ***Criminalidade, justiça e mercado de trabalho no Brasil***. São Paulo: Edusp, 1986.

PASTANA, Débora Regina. ***Justiça penal no Brasil contemporâneo: Discurso democrático, prática autoritária***. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

PAVARINI, Massimo. ***Teoria da Pena e Execução Penal: Uma introdução crítica***. Rio de Janeiro: 2011.

QUINNEY, Richard. ***Class, State and Crime: On the theory and practice of criminal justice***. USA: David Mackay company, 1977.

SARTORI, Giovanni. ***A teoria da democracia revisitada***. São Paulo: Ática, 1994.

SIMON, Jonathan. ***Poor Discipline: Parole and the Social Control of the Underclass***. Londres: The University of Chicago Press, 1993.

SOUSA SANTOS, Boaventura. ***Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho***. Madrid: Trotta, 2009.

STERN, Viven. ***Creando Criminales: Los cárceles y las personas em uma sociedade de mercado***. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

THOMAS, W. I; THOMAS, D.S. ***The child in America: Behavior problems and programs***. New York: Knopf, 1928.

VIEIRA, Fernanda. **Sob o leito de Procusto: Judiciário e a Criminalização da Miséria.** In: LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. R. *Temas para uma perspectiva crítica do direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

YOUNG, Jock. ***A Sociedade Excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.*** Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ***Direito Penal Brasileiro.*** Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PENA DE PRISÃO – A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL MÁXIMO E UM DIREITO SOCIAL MÍNIMO

*Fernanda de Matos Lima MADRID*¹⁹

*André Félix Gustavo BARRETO*²⁰

RESUMO: O presente estudo busca alertar o leitor para uma reflexão a respeito da maneira que é utilizada a pena de prisão no Brasil. O pedido por punições torna-se cada vez maior; neste sentido, o trabalho pretende demonstrar a consequência dessa perspectiva e a relação entre o combate à criminalidade e a participação do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal máximo. Direito social mínimo. Punição. Pena. Sistema carcerário. Justiça.

ABSTRACT: The study aims to advise the reader for a reflections about the way that custodial sentence is used in Brazil. The request for punishments becomes bigger; therefore, the work intends to demonstrate the consequence of this perspective and the relation between the fight against crime and the State participation.

KEYWORDS: Maximum criminal laws. Minimum social right. Punishment. Sentence. Prison System. Justice.

208

1. INTRODUÇÃO

Para a necessidade da preservação da comunidade, a vingança privada passou um dia a ser regulamentada e administrada por um poder central.

A vingança privada passa a não ser mais permitida, mas os sentimentos inerentes a ela passam a ser utilizados por quem governa. Hoje as penas não são mais executadas em praças públicas; a decapitação como forma de intimidação e as torturas públicas foram derrotadas por conquistas históricas através de muito derramamento de sangue. Conquistas que muitas vezes são esquecidas até mesmo pelos operadores da justiça; que vêem o

¹⁹ Centro Universitário Toledo.

²⁰ Centro Universitário Toledo.

processo possuindo apenas uma finalidade: a pena. Tratando as garantias fundamentais como obstáculos para a sua execução.

Possuímos um Código Penal e Processual Penal criados durante a ditadura Vargas, que tinham como interesse a manutenção do Estado Ditatorial vigente. Reformas da parte geral em 1984 não foram suficientes para alterar os objetivos da lei penal (período de transição, mas ainda anterior aos ventos democráticos que surgiriam com a Constituição de 5 de outubro de 1988).

O método utilizado no presente trabalho foi o dedutivo, pois parte das características e finalidades da pena, para a função que realmente é exercida na sociedade.

O trabalho está dividido da seguinte forma: em seu segundo capítulo (as teorias da pena) é feito um breve comentário as suas finalidades no Estado Democrático de Direito. No terceiro capítulo (a seletividade da punição e o consentimento do cidadão amedrontado), procura demonstrar a relação entre a atuação do poder e a legitimação para a forma em que a pena é executada. O quarto capítulo (a crença na impunidade e a realidade do sistema carcerário) pretende esclarecer, através de pesquisas, os números no que tange aos delitos praticados e a realidade do sistema prisional, destacando a falta de escolaridade em relação ao número de sujeitos condenados. A ausência e contribuição do Estado para que jovens com baixo grau de escolaridade se aproximem com mais facilidade da criminalidade e da marginalização. E por fim, a conclusão.

209

2. AS TEORIAS DA PENA

2.1. Teoria absoluta ou retributiva:

As teorias absolutas nascem com o Estado absolutista; época em que todo o poder legal concentra-se na pessoa do Rei. Neste contexto, as penas eram aplicadas para quem agisse contra o soberano, acreditando que o indivíduo também desrespeitava o próprio Deus. Essa teoria apenas tem como finalidade a reação punitiva e a retribuição ao mal causado pelo crime, fazendo com que a pena não possua nenhum vínculo com qualquer efeito social.

Nas palavras de Ferrajoli:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento (FERRAJOLI, 2002, p. 204)

Sem responsabilidade alguma com qualquer efeito social ou preocupação com a pessoa do delinquente, certamente consiste na ideia mais antiga de justiça; pois a pena produz o castigo como a única finalidade almejada.

2.2. Teoria Relativa ou da Prevenção

As teorias relativas, ao contrário das absolutas, consideram a pena como instrumento de prevenção; pois conferem à pena a função de impedir que no futuro sejam cometidos novos delitos, ou seja, servindo como garantia social. O escopo pretendido para essas teorias é a inibição da prática de novas condutas delituosas.

Segundo os ensinamentos de Adel El Tasse:

Pune-se para que não se cometa crime (*punitur ut ne peccetur*). O crime não seria a causa da pena, mas a ocasião que possibilita a aplicação desta. Estas teorias enxergam na pena um fenômeno prático e imediato de prevenção, que pode ser especial – aquela que se dirige à pessoa que está sofrendo a pena, visando recuperá-la; ou geral – dirigida ao corpo social, pretendendo que sejam estabelecidos meios capazes de afastar a ideia de qualquer um que pense em praticar um ato delituoso. (Adel El Tasse, 2003, p. 68)

Como ensina Adel El Tasse, a Teoria Relativa da pena se subdivide em: teoria preventiva geral e teoria preventiva especial.

As teorias de prevenção geral buscam, com a aplicação da pena, uma intimidação da sociedade. Planeja-se uma reflexão coletiva, pretendendo que outros membros da sociedade não pratiquem determinado crime em razão do sofrimento do apenado.

Luiz Regis Prado assim define a teoria da prevenção geral:

[...] a concepção preventiva geral da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios a realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social.(PRADO, 2005, p.554)

211

A prevenção negativa faz com que os agentes sejam desencorajados a prática de crimes, sendo assim, ameaçados pela pena.

Nesse entendimento, Greco faz a seguinte menção:

[...] por meio da prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, o Estado se vale da pena por ele, aplicada a fim de demonstrar a população, que ainda não delinqüiu, que, se não forem observadas as formas editadas, esse também será o seu fim. Dessa forma, o exemplo dado pela condenação daquele que praticou a infração penal é dirigido aos demais membros da sociedade.(GRECO,2011, p. 475)

De acordo com prevenção geral negativa, o legislador aumenta as sanções de acordo com a gravidade do delito, confiando na possível diminuição da criminalidade.

De outro modo, existe a prevenção geral positiva. Por essa teoria, a sanção penal deve servir com uma forma em que o Estado mantenha a força de vigência das suas normas de proteção aos bens jurídicos. Com isso, o Estado mostra a todos as consequências da inviolabilidade da ordem jurídica e preserva a confiança da sociedade. Portanto, para essa função positiva, os indivíduos deverão deixar de praticar atos ilícitos em temor à sanção que poderão sofrer, pois a própria pena se mostra como instrumento à consolidação normativa.

A prevenção especial tem como finalidade impedir a prática de novos delitos; se conduz exclusivamente ao infrator, visando que este não retorne ao mundo do crime. Para essa teoria, o escopo principal é a ressocialização do transgressor, e não a retribuição ao mal causado ou a intimidação social.

Nas palavras de Bittencourt:

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinqüiu, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais (BITTENCOURT, 2011, p. 111)

No que tange à prevenção especial negativa, o autor Greco ensina:

Pela prevenção especial negativa, existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade. (GRECO, 2011, p.474)

Essa função não atende condições mínimas de ressocialização ao condenado, pois a pena privativa de liberdade é utilizada como “neutralização” daquele que praticou a infração penal, ou seja, a finalidade é apenas afastar o criminoso da sociedade.

A prevenção positiva possui como finalidade a correção dos atos praticados pelo agente, visando que este não se torne reincidente. A finalidade ressocializadora pretende recuperar o indivíduo por meio de um trabalho feito com assistentes sociais, sociólogos e psicólogos; intencionando com a aplicação da pena, a readaptação do sujeito à sociedade.

Em relação à ressocialização, Rogerio Greco faz a seguinte análise:

Na verdade, mesmo que passível de críticas, os critérios preventivos ainda poderão servir à sociedade, bem como ao agente que cometeu a infração penal, principalmente no que diz respeito à prevenção especial ou a ressocialização do condenado. Devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel. De que adianta, por exemplo, fazer com que o detento aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade, não conseguirá trabalhar? E se tiver de voltar ao mesmo ambiente promíscuo do qual fora retirado para fazer com que cumprisse sua pena? Enfim, são problemas sociais que devem ser enfrentados paralelamente, ou mesmo antecipadamente, à preocupação ressocializante do preso. (GRECO, 2011, p. 477)

213

A nossa Lei de Execução penal afirma em seus artigos 1º e 10º a reabilitação do preso:

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.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. (grifou-se)

Além de ser um dever do Estado - e não um “privilégio” ao preso – proporcionar condições dignas para a ressocialização é um objetivo útil tanto para a sociedade, que poderá reduzir os números de reincidência e conseqüentemente de criminalidade, quanto para o indivíduo encarcerado, que retornará a viver em sociedade em melhores condições de igualdade com os outros cidadãos.

Os principais problemas desta teoria são: quais são as condições de (re) introduzir o detento na sociedade? Como é a aplicação do tratamento penitenciário? Qual é a capacitação das pessoas que colocam em prática este tratamento? A que ponto a dignidade humana pode ser submetida a uma reeducação forçada?

214

1.3. Teoria mista ou unificadora da pena

Segundo o art. 59 do Código Penal, o Brasil positivou o modelo de natureza retributivo-preventiva, caracterizando-se por uma combinação das duas teorias apresentadas, utilizando os critérios da retribuição e da prevenção.

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (grifou-se)

Essa teoria eclética ou intermediária é adotada em nosso ordenamento jurídico e alguns aspectos são possíveis de ser claramente observados, como por exemplo: a prevenção geral negativa na cominação da pena; a prevenção geral e especial na aplicação da pena, regulada pela culpabilidade (ao menos em tese); e uma prevenção especial na execução da pena.

Cezar Roberto Bitencourt esclarece sobre a teoria mista:

Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial (2011, p. 151)

215

Todas as características citadas apontam para uma determinada forma em que o Estado deve agir. Analisando todas as teorias já reportadas e a incorporação da teoria mista pela legislação pátria, devemos investigar como o Estado opera para corresponder às finalidades de prevenção e ressocialização.

3. A SELETIVIDADE DA PUNIÇÃO E O CONSENTIMENTO DO CIDADÃO AMEDRONTADO

Não devemos acreditar, e sim, suspeitar da imparcialidade da lei penal. Mesmo com o iluminismo no século XVIII e com a separação dos poderes, mesmo com o rol de Direitos e Garantias Fundamentais na Carta de 1988, os interesses particulares por trás de uma lei continuam muito vivos. Ou, por exemplo, poderíamos dizer que há isonomia entre a exclusão da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários, no mesmo

tempo em que este tratamento não existe para outros crimes patrimoniais sem violência? Ou será que as pessoas que cometem furtos são as mesmas que cometem crimes tributários?

Acreditam na imparcialidade de um legislador? Acreditavam que o legislador “possuísse o inatismo de uma vontade inabalável de dar ao seu povo o melhor de si”? (LEAL,2013, p.61).

A seletividade buscada durante o Estado Novo não desapareceu. Mas hoje é necessária uma roupagem “democrática”; os discursos não são impostos em forma de coerção pelo poder, e sim, em forma de consenso.

A vingança primitiva, emocional e desprovida de razão é sempre despertada por meio da mídia; os noticiários policiais instrumentalizam o medo, fazendo com que as pessoas legitimem toda e qualquer violência estatal e o encarceramento em massa.

Como aponta Michel Foucault:

É função do noticiário policial que invade parte da imprensa e começa a ter seus próprios jornais tornar aceitável o conjunto de controles judiciais e policiais que vigiam a sociedade; conta dia a dia uma espécie de batalha interna contra um inimigo sem rosto. (FOUCAULT, 2008, p.251)

O espectador, alucinado pelo medo que sua fonte de conhecimento lhe oferece (TV), começa a proclamar discursos de ódio contra os eleitos a serem indesejados pelos órgãos do sistema penal.

Nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni:

[..]os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador-disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes

(ou 'diferentes') mais incômodos [...] (ZAFFARONI, 2001, p. 23-24).

Isto é, o agravamento do sistema punitivo sempre atingirá os que menos puderem se defender. O que o espectador não percebe, é que ele não vive em outra realidade. E que legitimar encarceramentos em massa e passar a não se importar com as condições desumanas que muitos presidiários vivem, não contribui em nada para que a sociedade melhore. Então, o espectador, sempre acreditando nos noticiários policiais que assiste diariamente, passa a acreditar que “o delinquente pertence a um mundo inteiramente diverso, sem relação com nossa existência cotidiana e familiar” como menciona Michel Foucault (FOUCAULT, 1987, p.252).

O cidadão, amedrontado, passa a enxergar a pena de prisão como a primeira resposta pela desobediência das normas. Não percebe como a pena de prisão se torna uma ferramenta de controle social; e com isso, legitima os atos de poder que reprimem e censuram o que lhe é indiferente. Sem perceber que o poder não age apenas de forma negativa, e que ele mesmo se torna vítima e veículo do poder.

Neste ponto, orienta Michel Foucault:

*Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer “não”, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é que simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, **produz discurso**.*

Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir.(FOUCAULT, 2001, p.8) (grifou-se)

Ou seja, o poder opera muito mais de forma positiva. O espectador que concorda com torturas feitas por policiais, por exemplo, também é alvo do poder. Mas nele, o poder atua em forma de domesticação e adestramento. Desta forma, violências são desencadeadas contra a camada excluída da população para manter a tranquilidade ideológica de poucos. (KHALD, 2015)

Com toda essa elaboração e reconhecimento dos sujeitos maus, o cidadão começa a enxergar a punição como solução e toda condenação como sinônimo de justiça.

A pena privativa de liberdade passa a ser vista unicamente como retribuição ao mal causado; com um olhar fixo preponderantemente para o passado, sem objetivos para o futuro, sem pensar em uma realidade que está por vir.

Com isso, o Direito Penal torna-se a face mais cruel do poder. Banaliza-se a pena de prisão; sendo esta utilizada não para crimes mais graves e para a obtenção da justiça, mas como forma de manutenção social. Proporcionalidade e Justiça desaparecem diante de milhares de condenações; onde a pena de prisão é determinada como solução instantânea.

218

Neste sentido, aponta Salo de Carvalho:

A necessidade de construção de sistemas herméticos, isentos de contradições e lacunas, como é próprio do pensamento dogmático-penal, acaba por reduzir a pluralidade dos problemas relativos à violação de normas criminalizadoras à unidade interpretativa (crime) e à exclusividade da resposta (pena). A forma é relativamente simples: reduzir os problemas em casos-padrão, vinculando-os a respostas-receituário.”(CARVALHO, 2011, p. 31)

Quer dizer, não se analisa com complexidade o que é merecido de ser analisado com complexidade. E para uma parcela da sociedade, a pena de prisão é aplicada de forma imediata; pouco importando a relação entre os atos desviantes e os criminalizados,

prevalecendo a tipicidade formal ante à lesividade efetiva e concreta de bens jurídicos tutelados.

Como por exemplo, em caso recente – dia 15 de abril de 2015 – o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar ao Habeas Corpus (HC 112571 SP) impetrado pela Defensoria do Estado de São Paulo, em favor de Maurene Lopes, condenada à pena de 06 anos e 09 meses pelo suposto tráfico de 1g de maconha. Ainda recentemente, no dia 17 de março de 2015, o STF também recebeu um Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de um homem condenado a 02 anos de prisão, por furto de uma peça automotiva no valor de R\$ 4,00 (QUATRO REAIS).

É evidente o regresso a uma função meramente retributiva da pena; em que além do não interesse pela ressocialização do indivíduo, se demonstra extrema falta de proporcionalidade e uma punição voltado ao autor do delito, e não ao ato praticado.

4. A CRENÇA NA IMPUNIDADE E A REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO

219

O Brasil possui 567.655 mil pessoas encarceradas; é o país com a quarta maior população carcerária do planeta (ficando atrás de Estados Unidos, China e Rússia) (BRÍGIDO,2014). Somando o número de 147.937 mil pessoas que estão em prisões domiciliares, o Brasil passa a Rússia, tornando-se o 3º país no ranking, com população prisional de 715.592 mil pessoas.

De 567.655 presidiários, 44% são presos provisórios e aguardam por decisão definitiva (de acordo com a última atualização, 28/dez/10, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça – CNJ).

Não se prende pouco no Brasil. “Estamos naturalizando o superencarceramento no Brasil e isso é preocupante. Prendemos muito e errado. O sistema não consegue se concentrar nos crimes contra a vida”, diz o diretor do Departamento Penitenciário Nacional, Renato de Vitto.(BARROCAL, 2015)

De mais de meio milhão de pessoas encarceradas, uma parcela de 13% está presa por homicídio e outra parcela de 3% está presa por latrocínio (roubo com morte). O grande número da massa carcerária é composto por criminosos menos agressivos. Roubo e tráfico (iguais ao caso de Maurene) representam cada um 26%, e há ainda 14% de pessoas presas por furtos e 18% de casos considerados leves: (BARROCAL, 2015)

Analisando os números e constatando a respeito da violência que sofremos por criminosos mais e menos agressivos, o que tem sido feito?

Nas palavras do jurista Luiz Flávio Gomes:

Fundamentalmente as duas coisas reivindicadas pela criminologia populista-midiática-vingativa: (a) edição de novas leis penais cada vez mais severas (foram 150 de 1940 a 2013, sendo 72% de agravamento do castigo penal) e (b) encarceramento massivo (que consideramos abusivo e tirânico, como dizia Montesquieu, quando se trata de criminoso não violento, que poderia ser castigado com penas alternativas).

Seguindo a linha da política criminal neopunitivista norte-americana (do direito penal máximo), o encarceramento massivo (crescimento de 508% entre 1990-2012; de 90 mil presos passamos para 548.003) é bestialmente (simbolicamente) apresentado como uma das curas definitivas para o problema da criminalidade, da violência e da segurança pública, quando, na verdade, ele somente se justifica em parte, frente aos criminosos violentos, especialmente os que ostentam perversidade. Fora disso, não passa de mais uma enfermidade agregada (em razão da sua irracionalidade e, sobretudo, da alta taxa de reincidência que ele gera). (GOMES,2014)

Além de utilizarmos a pena de prisão para qualquer delito, independente da gravidade do ato praticado, as prisões brasileiras ainda possuem um déficit absurdo de 210 mil vagas. Quer dizer, de 567.655 mil pessoas, há 37% mais do que o sistema comporta. (BRÍGIDO, 2014)

Temos um sistema superlotado, com sujeitos primários e reincidentes, muitos que cometeram furtos insignificantes e outros que são chefes de organizações criminosas, todos juntos em um mesmo ambiente que não pretende recuperar ninguém.

Presídios são focos de doenças, diz Ministério da Saúde:

Os presídios brasileiros são enormes bolsões de doenças infectocontagiosas e o avanço da tuberculose preocupa o Ministério da Saúde. As doenças não ficam restritas aos muros dos estabelecimentos penais. São levadas à sociedade pelos servidores penitenciários e a partir das visitas íntimas. A afirmação, divulgada pela Agência Brasil, é da coordenadora técnica da Saúde no Sistema Penitenciário do Ministério da Saúde, Maria Cristina Fernandes, e deve levar os capelães penitenciários a refletir sobre suas ações no interior das unidades por dois motivos. O primeiro é para o aprimoramento de seu atendimento, que deve levar em conta as necessidades integrais das pessoas que estão naquele contexto, incluindo a defesa do direito a atendimento médico e a cobrança da direção da penitenciária pela implementação de programas de prevenção a doenças. (GOSPEL, 2007)

221

Legitimamos o encarceramento em massa, mas não temos estrutura para lidarmos com essas consequências. Exigimos que os marginais sejam punidos por não seguirem a lei, mas temos um Estado completamente omissos na ressocialização dos mesmos.

4.1. Direito penal máximo e Direito social mínimo como solução para criminalidade

E se a condição é precária com o que gastam com presídios, a situação se torna ainda mais crítica com o gasto concernente aos alunos do ensino médio e superior:

Enquanto o país investe mais de R\$ 40 mil por ano em cada preso em um presídio federal, gasta uma média de R\$ 15 mil anualmente com cada aluno do ensino superior — cerca de um terço do valor

gasto com os detentos. Já na comparação entre detentos de presídios estaduais, onde está a maior parte da população carcerária, e alunos do ensino médio (nível de ensino a cargo dos governos estaduais), a distância é ainda maior: são gastos, em média, R\$ 21 mil por ano com cada preso — nove vezes mais do que o gasto por aluno no ensino médio por ano, R\$ 2,3 mil. Para pesquisadores tanto de segurança pública quanto de educação, o contraste de investimentos explicita dois problemas centrais na condução desses setores no país: o baixo valor investido na educação e a ineficiência do gasto com o sistema prisional. (DUARTE, 2011)

Não investimos na educação e queremos punir mais. A pobreza não é a causa da violência, mas o desamparo por parte do Estado e a desigualdade social é um fortíssimo fator. Verificando o último dado levantado pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), em julho de 2011, foi possível concluir que 46% dos presos brasileiros possuem como grau de escolaridade apenas o Ensino Fundamental Incompleto.

222

O restante dos detentos se divide da seguinte forma: **6% são analfabetos, 13% apenas alfabetizados, 12% possuem Ensino Fundamental Completo, 11% possuem Ensino Médio Incompleto, 7% Ensino Médio Completo, 1% possui Ensino Superior Incompleto, 0,4% Ensino Superior Completo e 0,1% estão acima do Ensino Superior** (outros 3% não informaram a escolaridade). (GOMES, 2012) (grifou-se)

É notável, portanto, que **88% dos presos estão abaixo do cumprimento do Ensino Médio, bem como que apenas uma ínfima minoria dos detentos possui Ensino Superior.** (GOMES, 2012)

Segundo o levantamento feito pelo Infopen (Sistema de Informações Penitenciárias), do Ministério da Justiça, no mês de dezembro de 2011, os números de presos por escolaridade apresentaram os seguintes números: (UOL, 2012) 205.620 mil presos com Ensino Fundamental Incompleto com relação a 55.257 mil presos com o Ensino

Fundamental Completo. O exorbitante número de presos que não concluíram ao menos o Ensino Fundamental deveria ser razão para uma política educacional que no mínimo se preocupasse com a educação básica dessas pessoas, mas infelizmente não é o que acontece.

Segundo levantamento da Relatoria Brasileira pelo Direito Humano à Educação revela que a oferta da educação no sistema prisional brasileiro ainda é encarada como privilégio, apesar de ser garantida em lei. A opinião é comum por diretores de unidades, agentes prisionais e pela própria sociedade.

A relatora Denise Carreira, responsável pelo estudo, aponta que a educação formal nas prisões, quando ofertada, ocorre de forma precária. Segundo ela, só 18% dos presos têm acesso a algum tipo de atendimento educacional, o que inclui outros cursos, como aulas de violão. As dez unidades visitadas pela comissão ofereciam educação aos presos, mas sempre em condições inadequadas.

Um dos fatores que dificultam a oferta é a superlotação das unidades. "Nós encontramos um quadro marcado pela precarização e por um conflito estrutural do sistema, que é a superlotação. Nas prisões, hoje, você vive uma realidade em que qualquer espaço é adaptado para ser transformado em cela e receber mais gente. Nessa luta, os espaços que poderiam ser utilizados como sala de aula se perdem. Nós encontramos unidades em que as aulas são no corredor", diz.

Além de condições físicas precárias, o relatório mostra como outra principal deficiência a falta de professores capacitados. Na maioria dos estados, a educação no sistema prisional não é responsabilidade da Secretaria de Educação, mas da administração penitenciária. Em alguns estados, como São Paulo, são os próprios presos com maior nível de escolaridade que dão aulas aos outros encarcerados.

Nenhuma unidade da Federação tem uma política de educação nas prisões, um documento norteador com metas de acesso, qualidade, um projeto pedagógico. O que predomina é a improvisação. "A educação nas prisões fica em um limbo entre a segurança pública, a administração penitenciária e a educação", alerta Denise.(AGÊNCIA BRASIL, 2009)

Queremos que o Estado seja a cura de enfermidades que ele mesmo contribui para as causas. O direito penal máximo é cada vez mais exigido, mas não exigimos o mesmo de um Estado que é ausente e que ao mesmo tempo colabora para que jovens com baixo grau de escolaridade se aproximem com maior facilidade da criminalidade e da marginalização.

INTERTEXTO

Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro
Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário
Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável
Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei
Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo
Bertolt Brecht
(SANTIAGO NETO, 2015)

224

5. CONCLUSÃO

Com a utilização da pena de prisão como solução imediata, percebe-se a desproporcionalidade e a falta de critérios para as condenações. Os dados comprovam que o escopo retribucionista da pena não foi superado e que o consenso para que a finalidade da pena apenas seja o castigo ao apenado, somente legitima um sistema despreocupado com a ressocialização dos encarcerados. E nesta lógica, a convicção faz com que qualquer avaliação que seja feita, apenas manifeste-se para preencher o desejo de punir.

Para melhorarmos neste sentido, o primeiro caminho é redirecionarmos os nossos olhares e buscarmos enxergar além do discurso corriqueiro em que relacionamos punição e justiça. Caso contrário, banalizaremos a pena de prisão para todo e qualquer caso, acobertando uma exclusão social que se disfarça de pacificação social.

E para os casos em que somente o Direito Penal se mostrar capaz, que nos esforcemos para avistar um sujeito que deve ter uma possibilidade digna de ser ressocializado; pois não nos importarmos com as condições dos presídios e com a maneira que o Estado oferece oportunidades para a ressocialização, é cooperarmos para o aumento da criminalidade.

Antes de um Poder Judiciário que é aplaudido quando condena e antes de um Poder Legislativo que é clamado pelo aumento de penas, existe um Poder Executivo omissivo em seus deveres constitucionais.

Políticas públicas eficientes não serão realizadas no sentido da diminuição da criminalidade, se o pensamento da população estiver direcionado para o aumento da punição e do encarceramento. Como resultado, o investimento na Educação continuará sendo pouco - e que recordemos o número de presidiários com baixa escolaridade -; o encarceramento em massa aumentará - e que relembremos os índices que representam os motivos das condenações -; e a situação da maioria das prisões brasileiras também não irá melhorar, permanecendo a péssima condição prisional e a deficiência dos programas de reabilitação.

Portanto, o fato de um maior número de pessoas acreditarem em algo, não torna este algo melhor ou mais verdadeiro; e a forma como punimos é um exemplo disso. Os discursos punitivistas aparecem em maioria, porém, a realidade operacional demonstra um verdadeiro fracasso.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRIL. MAR. **Estudo mostra que educação nos sistemas prisionais ainda é vista como privilégio. Pesquisado em 21 de abril de 2015.** Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/noticias/2009/03/24/estudo-mostra-que-educacao-nos-sistemas-prisionais-ainda-e-vista-como-privilegio.htm>

BARROCAL, André. **Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar. Pesquisado em 20 de abril de 2015.** Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

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

BRASIL, Código Penal, **Constituição Federal. Lei de Execução Penal (LEP)**: Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984.

BRÍGIDO, Carolina. **Estudo do CNJ revela que prisões brasileiras têm déficit de 210 mil vagas**. Pesquisado em 20 de abril de 2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/estudo-do-cnj-revela-que-prisoas-brasileiras-tem-deficit-de-210-mil-vagas-12725778>

CARVALHO, Salo de. **Anti Manual de Criminologia**. 4ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

DA COSTA, Arthur. **NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas**. Pesquisado em 20 de abril de 2015. Disponível em: <http://slideplayer.com.br/slide/2330425>

DUARTE, Alessandra. **Brasil gasta com presos quase o triplo do custo por aluno**. Pesquisado em 21 de abril de 2015. Disponível em: http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-gasta-com-presos-quase-triplo-do-custo-por-aluno-3283167_

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001b.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 35ª ed. Vozes, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **46% dos presos brasileiros não concluíram o ensino fundamental**. Pesquisado em 22 de abril de 2015. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/46-dos-presos-brasileiros-nao-concluiram-o-ensino-fundamental/>

GOSPEL. **Presídios são focos de doenças, diz Ministério da Saúde**. Pesquisado em 20 de abril de 2015. Disponível em:

<http://noticias.gospelmais.com.br/presidios-sao-focos-de-doencas-diz-ministerio-da-saude.html>

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4ª ed. rev., atual e ampl.** Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011.

JUSTIFICANDO. **STF concede liminar para condenada a quase 7 anos por 1g de maconha.** Pesquisado em 22 de abril de 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/16/stf-concede-liminar-para-condenada-a-quase-7-anos-por-1g-de-maconha>

JUSTIFICANDO. **2 reais por ano: DPU vai ao STF reverter condenação de 2 anos por furto de 4 reais.** Pesquisado em 20 de abril de 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/26/r-200-por-ano-dpu-vai-ao-stf-reverter-condenacao-de-2-anos-por-furto-de-r-400>

KHALED, Salah Jr. **Canalhas: uni-vos. A Filosofia de Pangloss no Direito Penal é vitoriosa?.** Pesquisado em 24 de abril de 2015. Disponível em: http://emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/182556485/canalhas-uni-vos-a-filosofia-de-pangloss-no-direito-penal-e-vitoriosa?ref=topic_feed

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural.** Belo Horizonte: Arraes, 2013.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão : Um Paradoxo Social.** Florianópolis: Ed da UFSC, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro. 7ª Ed. Parte Geral.** Arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTIAGO NETO, José de Assis. Abr. 2015. ,Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/tag/direito-penal-do-vizinho/> Acesso em 21 abr. 2015.

SÁ, Geraldo Ribeiro de. **A PRISÃO DOS EXCLUÍDOS – origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade.** Rio de Janeiro: Diadorin, 1996.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão.** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

UOL. JUL. 2012. **No Brasil, apenas um em cada três presidiários concluiu o ensino fundamental.** Pesquisado em 21 de abril de 2015. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/noticias/2012/07/10/no-brasil-apenas-um-em-cada-tres-presidiarios-concluiu-o-ensino-fundamental.htm>

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas. 5ª edição.** Rio de Janeiro: Revam, 2001.

