

# VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA



ORGS.

DENISE HAMMERSCHIMDT

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID

ZULMAR FACHIN

IX  
SIMPÓSIO  
INTERNACIONAL  
DE ANÁLISE  
CRÍTICA DO  
DIREITO  
SIACRID



©2019 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

## **Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**

Denise Hammerschmidt, Fernanda de Matos Lima Madrid & Zulmar Fachin  
(Orgs.)

Luiz Fernando Kazmierczak  
(Editor)

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

### **Comissão Científica do IX SIACRID**

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

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Violência e Criminologia / Denise Hammerschmidt, Fernanda de Matos Lima Madrid & Zulmar Fachin, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-88-3

1. Violência e Criminologia / Denise Hammerschmidt, Fernanda de Matos Lima Madrid & Zulmar Fachin

CDU-344

### **Índice para catálogo sistemático**

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

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

**FUNDAÇÃO  
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico  
e Tecnológico do Paraná

# SUMÁRIO

<b>A DIALÉTICA DA EXCLUSÃO E O CONTROLE SOCIAL DOS CORPOS NEGROS.....</b>	<b>5</b>
Larissa Aparecida COSTA Amanda Batistel RIBEIRO	
<b>A LGBTFOBIA E A NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO.....</b>	<b>27</b>
Brenda Tayná de Alencar SILVA Ellen Carina Mattias SARTORI	
<b>A MÍDIA MISOGINA E O CASO NEYMAR: A DIFICULDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SEXUAL NO BRASIL..</b>	<b>51</b>
Keyt Cristina TRINDADE Vanessa de Souza OLIVEIRA	
<b>A SITUAÇÃO DO NEGRO NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL: ATUAÇÃO DO ESCRITÓRIO MODELO UENP NA CADEIA PÚBLICA DE JACAREZINHO.....</b>	<b>69</b>
Brunna Rabelo SANTIAGO Victor Costa HIRAI	
<b>A VIOLÊNCIA DE GÊNERO SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>82</b>
João Pedro Gindro BRAZ Guilherme de Oliveira TOMISHIMA	
<b>CULTURA E EDUCAÇÃO COMO FATOR CIDADÃO DENTRO E FORA DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS, E A CRIMINOLOGIA CULTURAL.....</b>	<b>99</b>
Luis Felipe Dupim VIOTTO	
<b>DISCUSSÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA PENAL: DO ABOLICIONISMO PENAL AO NASCIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA.....</b>	<b>112</b>
Mariani Bortolotti FIUMARI	
<b>EXPRESSÕES CORPORAIS E FACIAIS E ANÁLISE DE VOZ COMO MEIO DE PROVA PRO REO EM DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PLENITUDE DA DEFESA.....</b>	<b>136</b>
Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI Beatriz Ferruzzi REBES	
<b>GLOBALIZAÇÃO, CULTURA DO MEDO E A SELETIVIDADE PENAL.....</b>	<b>153</b>
Maria Beatriz Batista Feitoza SILVA Fernanda de Matos Lima MADRID	
<b>(IN)APLICABILIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA FEMINICÍDIO EM CASOS EM QUE FIGURAM COMO VÍTIMA UMA MULHER TRANS*.....</b>	<b>166</b>

Gabriela Siqueira dos SANTOS

**JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM CAMINHO PARA RESTAURAR A JUSTIÇA.....182**

José Antonio da SILVA

**LEI MARIA DA PENHA: APLICAÇÃO ISONÔMICA AOS GÊNEROS.....201**

Renata Gomes Acosta Morato CRENITTE

**O ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: INTERVENÇÃO LEGISLATIVA, JUDICIAL E POLÍTICA PÚBLICA PARA ENFRENTAMENTO.....222**

Diogo Sandret da Costa FONSECA

Maria Aparecida ALKIMIM

**O ATIVISMO JUDICIAL PENAL E A SUA RELAÇÃO COM A CULTURA DO PUNITIVISMO NO BRASIL.....239**

Ana Carolina de MEIRA

Carlos Miguel de MEIRA

**PUNITIVISMO PENAL E SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ANTINOMIA NA REFLEXÃO SOBRE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....260**

Carla Graia CORREIA

Isadora Ribeiro CORRÊA

**REFLEXÕES SOBRE PROIBICIONISMO DE DROGAS E ABOLICIONISMO PENAL: O PROIBICIONISMO COMO CONTRIBUINTE PARA A DESCONSIDERAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O MASSACRE DIÁRIO NAS PRISÕES.....277**

Matheus Belló MORAES

# A DIALÉTICA DA EXCLUSÃO E O CONTROLE SOCIAL DOS CORPOS NEGROS

Larissa Aparecida COSTA<sup>1</sup>  
Amanda Batistel RIBEIRO<sup>2</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa busca analisar de que modo se estabelece a construção da identidade do ser-negro em nossa sociedade, e de como a identificação com determinadas características da negritude, impõem severos obstáculos a presença e participação ativa desta parcela da população, nos mais variados contextos sociais, com prejuízos ainda mais severos as mulheres negras. Adotando-se como referencial teórico os estudos de Sueli Carneiro e Adilson José Moreira, além do método de pesquisa dedutivo, pretende-se analisar de que forma a sujeição dos corpos negros e o racismo estrutural impactam de forma a acentuar a vivência das mulheres negras no ambiente prisional. Diante do cenário de massiva e generalizada violação dos direitos fundamentais dos reclusos no Brasil, o estudo do gênero e do racismo frente à conjuntura do sistema prisional figura como indispensável, à medida que o cárcere reforça a exclusão e a negação de direitos que marca a sociedade contemporânea.

**PALAVRAS-CHAVE:** Exclusão; Identidade negra; Racismo Estrutural; Mulher negra.

## ABSTRACT

The present research seeks to analyze how the construction of the identity of the black being in our society is established, and how the identification with certain characteristics of blackness, impose severe obstacles to the presence and active participation of this part of the population, in the most varied contexts social, with even more severe damage to black women. Adopting as theoretical reference the studies of Sueli Carneiro and Adilson José Moreira, in addition to the method of deductive research, aims to analyze how the subjection of black bodies and structural racism impact in order to accentuate the experience of black women in the prison environment. Faced with a massive and widespread violation of the fundamental rights of prisoners in Brazil, the study of gender and racism in the face of the prison system is indispensable, as prison reinforces the exclusion and denial of rights that marks society contemporary.

**KEY-WORDS:** Exclusion; Black identity; Structural Racism; Black woman.

## INTRODUÇÃO

A sujeição histórica dos negros a papéis de menor prestígio e relevância social, consolidou a exclusão e o pertencimento a espaços de poder, refletindo em desigualdades econômica, inacessibilidade aos campos científicos, políticos e culturais; consubstanciada em uma inexistente inferioridade intelectual, relegando aos negros papéis de segunda classe.

Dessa forma, inicialmente o presente artigo analisa a construção da identidade negra e de

---

1 Mestra em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Presidente da Comissão de Igualdade Racial – 29ª Subseção OAB/SP. Professora da disciplina de Prática Penal no curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Advogada. e-mail: larissac.adv@gmail.com .

2 Discente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

que modo a hierarquia cromática e de fenótipos reforça no imaginário social o fastio aos negros. Para tanto nos valem das contribuições de Sueli Carneiro e Adilson José Moreira.

Na análise da interação entre o preconceito racial e as profundas desigualdades que marcam a sociedade brasileira, cumpre inicialmente, desnudar a falácia da democracia racial, que mantém uma penumbra na concreta segregação baseada na cor da pele.

A construção da identidade negra e a sujeição do corpo negro a padrões de exclusão e negação de direitos, ganha novos contornos quando desnudamos a figura da mulher negra no cárcere e passamos a analisar de que forma o sistema punitivo segue atuando enquanto mecanismo de exclusão e manutenção de práticas discriminatórias. Assim o capítulo 2, busca-se analisar sob a ótica racial, a realidade a que estão submetidas as mulheres negras na execução da pena privativa de liberdade.

As profundas mazelas que permeiam o sistema penitenciário brasileiro têm se intensificado ao longo das últimas décadas, sobretudo pelo aumento do encarceramento feminino e as condições degradantes a que são submetidas, colocando em evidência as profundas deficiências estruturais que acompanham a história do país e a natureza despersonalizante e racista do sistema punitivo.

A intrínseca relação entre gênero, raça e exclusão no sistema criminal, cotidianamente negligenciada pelo Estado, dá a tônica da pesquisa, uma vez que cumpre discorrer acerca do encarceramento em massa das mulheres e a dupla penalização das mulheres negras, a partir dos estudos de Juliana Borges.

A dimensão racial do aprisionamento, ainda negligenciada por meio da atuação estatal descompromissada com a alteração do paradigma punitivo racializado e segregario, deve estar presente nas análises acadêmicas e científicas frente o modelo de cárcere vigente, a medida em que sujeita os corpos das mulheres negras a tratamento degradante e incompatível com as premissas constitucionais.

## **1. OS PAPÉIS SOCIAIS E A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE NEGRA NA PÓS MODERNIDADE**

A abolição da escravatura aconteceu no Brasil em 1808, no entanto, a discriminação e o preconceito em relação aos negros e seus descendentes se fazem presentes no Brasil até os dias atuais. Certo que, até a segunda metade do século XX, a discriminação e o preconceito ocorriam de forma velada, e aí está a maior dificuldade de reconhecer o racismo no Brasil como mostra Schwarcz (1998): “uma das dificuldades principais em reconhecer o racismo existente no Brasil é que a discriminação é remetida ao nível individual e não é assumida como elemento arraigado do cenário nacional” (Schwarcz, 1988; In: Silva, 2000, p. 100).

Neste contexto, o Estado nunca assumiu suas responsabilidades em face ao preconceito e à discriminação racial no país e, assim, se produziu no Brasil, historicamente, um quadro de desigualdades entre negros e brancos que, oficialmente, foi sendo considerado normal como se a democracia fosse garantia de oportunidades para todos, independentemente da cor.

Cenário que imprime profundas desigualdades baseadas na raça e no gênero, de modo a influenciar a construção dos papéis sociais e posições atribuídas para as mulheres negras no país. Podemos considerar que as mulheres historicamente padecem de uma invisibilidade social, quadro que se altera a passos lentos, e que ainda imprime forte influência nos papéis sociais que estabelecem um padrão de inferioridade e negação de direitos as mulheres, quadro potencializado, para as mulheres negras.

A situação e condição de desvantagem dos negros e seus descendentes no Brasil começa a se tornar insustentável nas últimas décadas do século XX. Assim, após um período de grandes reivindicações e contestações políticas de representantes dos interesses dos negros e de políticas de ação afirmativas por parte do governo brasileiro, a existência do racismo no Brasil foi, finalmente, reconhecida durante o Seminário Internacional Multiculturalismo e Racismo promovido pelo Ministério da Justiça, realizado em 1996, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso.

Porém, a questão racial só entrou definitivamente na agenda nacional cinco anos depois, após a realização da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em Durban (PIRES, 2014, p. 3).

No entanto, apesar dos avanços das políticas públicas, entendidas como “ações, políticas e programas adotados pelo Estado (...) dentre as quais as ações afirmativas que representam os programas e medidas especiais (...) para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades” (PIRES, 2014, p. 17), a presença negra em espaços e cargos de chefia ou na docência do ensino superior, por exemplo, permanece reduzido.

Submetidos a um processo contínuo de discriminação e preconceito, mesmo que de forma velada e sutil, precisam lutar incansavelmente, mais que qualquer pessoa de outra etnia, para alcançar e permanecer em espaços de poder, fator que imprime profunda influência na construção do ser negro e de reconhecer-se como tal.

De acordo com Fátima Oliveira (2004, p. 57-58), “ser negro é, essencialmente, um posicionamento político, onde se assume a identidade racial negra. Identidade racial-étnica é o sentimento de pertencimento a um grupo racial ou étnico, decorrente de construção social, cultural e política”.

A construção da identidade enquanto mulher negra, é construída ao longo da vida, está também é sujeito a mudanças do acordo com os momentos e fases que cada um vive, e das facetas

externas, potencializadas pela mídia e os padrões de beleza e consumo.

Esta noção de pertencimento está inerente a cada um, entretanto é visto que as pessoas estão se desapegando deles e os esquecendo, focando em um padrão imposto por determinado local em que vivemos, deixando de lado aqueles valores e atitudes das pessoas, aquilo que as caracterizava como únicas.

O sentimento do pertencimento está ligado diretamente a ética, respeito e valor, ambos ligados entre si tratando em cima respectivamente do caráter das pessoas e como elas buscam ter um vivência em sociedade; os valores são expressos como atitudes e sentimentos dessas pessoas e por fim o respeito que irá trazer um olhar sensível para tudo que está descrito no meio da sociedade.

Sobre o processo de pertencimento subjugado a processos discriminatórios pautados na raça, nos valemos das contribuições de Adilson José Moreira (2017, p. 1053)

A luta pela igualdade de minorias raciais em muitas sociedades ocidentais é uma das manifestações mais contundentes desse processo. Embora o status jurídico da cidadania não lhes seja negado, ele está longe de poder promover a integração social desses grupos. A natureza estrutural do racismo nos fornece elementos essenciais para compreendermos a realidade de um pertencimento subordinado. Ele regula o funcionamento de instituições públicas e privadas, as interações pessoais na vida cotidiana, as representações culturais de grupos minoritários, a possibilidade de tratamento médico adequado, o ingresso e permanência nas escolas e o acesso a oportunidades profissionais [...] Todas essas limitações causam um impacto negativo na vida de muitos indivíduos por gerarem desigualdades de status cultural e desigualdades de status material. Enquanto o primeiro indica a forma como certas classes de indivíduos são valorizadas na sociedade, o segundo está relacionado com as condições materiais da existência.

Afinal, a construção da identidade está intimamente relacionada às tradições, à cultura, religião, música, culinária, modos de vestir, de falar, experiências vividas por um sujeito nas interações que estabelece com outros sujeitos em determinados contextos históricos e sociais.

Sueli Carneiro (2005, p. 64) observa os obstáculos na construção da identidade negra, a medida em que a negritude expressa a história que desejam esquecer e o embranquecimento do país é celebrado:

[...] a miscigenação tem-se constituído num instrumento eficaz de embranquecimento do país, por meio da instituição de uma hierarquia cromática e de fenótipos que têm na base o negro retinto e no topo o “branco da terra” oferecendo, aos intermediários, o benefício simbólico de estarem mais próximos do ideal humano, o branco. Isso tem impactado particularmente os negros brasileiros, em função desse imaginário social que indica uma suposta melhor aceitação social dos mais claros em relação ao mais escuros, o que parece ser o fator explicativo da diversidade de expressões que pessoas negras, ou seus descendentes miscigenados, adotam para se auto definirem racialmente tais como: moreno escuro, moreno claro, moreno-jambo, marron-bombom, mulato, mestiço, caboclo, mameluco, cafuzos, ou seja, confusos, de tal maneira, que acabam todos agregados na categoria oficial do IBGE, pardo! Algo que ninguém consegue definir seja enquanto raça ou cor. Talvez o termo pardo prestese apenas para agregar aqueles que, por terem a sua identidade étnica e racial destroçadas pelo racismo, a discriminação e pelo ônus simbólico que a negritude contém socialmente, não sabem mais o que são ou simplesmente não desejam ser o que são.

Considerando, pois, que tais contextos são complexos, contraditórios e dinâmicos é de se

supor que a identidade seja formada e modificada na interação entre o eu e a sociedade, como preconizam Stuart Hall (2011), Zygmunt Bauman (2005) e Antônio da Costa Ciampa (1984), autores que desenvolveram interessantes estudos sobre este tema, segundo Wonsoski (2015).

[...] para Stuart Hall não se pode subestimar o papel do processo de globalização na construção das identidades culturais, uma vez que o pertencimento a culturas étnicas, raciais, linguísticas, religiosas sentem o impacto que ela causa na desvinculação de lugares, tempos, histórias e tradições (WONSOSKI, 2015, p.1).

Zygmunt Bauman também faz referências às relações entre o contexto histórico-social e o processo de construção da identidade, diz Wonsoski (2015), afirmando que “, ou seja, muito diferentes do que acontecia na sociedade até o final do século XVIII” (WONSOSKI, 2015, p.1).

Antônio da Costa Ciampa não foge à regra de seus colegas, mas acrescenta um conceito novo: a identidade como metamorfose.

(...) possuímos várias identidades utilizadas separadamente, em diferentes momentos. Mas é importante considerar que mesmo com as diferentes identidades e as constantes mudanças (metamorfose) a nossa identidade é uma totalidade. Uma totalidade contraditória, múltipla e mutável, no entanto una.” (CIAMPA, 1984, p.61; In: WONSOSKI, 2015, p.1).

Segundo Rodrigues (2017, p. 1) “há um grande número de pessoas que veem em sua etnia uma parte enorme de sua identidade individual”, uma vez que etnia inclui traços físicos, práticas e construções culturais que diferenciam um grupo dos demais, ou seja, padrões e características que fazem parte de um determinado povo e que compartilham cotidianamente em defesa de interesses comuns.

No mesmo sentido, pondera Rodrigues que “é um processo contínuo de transmissão cultural entre diferentes gerações a partir do contato e da participação no meio social em que a etnia se configura” (RODRIGUES, 2017, p. 2).

A construção da identidade da mulher negra, passa pela negação dos seus traços e a dura imposição de padrões estéticos onde imperam o racismo, nesse contexto Izildinha Baptista Nogueira (1998, p. 101) explica os reflexos do padrão imposto na construção da negritude:

A ‘brancura’ passa a ser parâmetro de pureza artística, nobreza estética, majestade moral, sabedoria científica, etc. Assim, o branco encarna todas as virtudes, a manifestação da razão, do espírito e das ideias: ‘eles são a cultura, a civilização, em uma palavra, a humanidade.

Analisar de que modo se estabelece a construção do ser-negro em nossa sociedade, e de como a identificação com determinadas características da negritude, impõem severos obstáculos a presença e participação ativa dos negros e negras, se revela como imprescindível no panorama atual. De acordo com Joaze Bernardino (2004, p. 19), “a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada”.

A construção de uma sociedade racializada, denota a distribuição de privilégios e a construção de papéis sociais pautados na cor da pele, conforme indica Mills, (1997, p. 3):

O racismo [ou, como veremos, a supremacia branca global] é em si um sistema político, uma certa estrutura de poder formal ou informal, de privilégio socioeconômico e de normas para a distribuição diferencial de oportunidades e da riqueza material, de benefícios e encargos, direitos e deveres.

A sujeição histórica dos negros a papéis de menor prestígio e relevância social, consolidou a exclusão e o pertencimento a espaços de poder, refletindo em desigualdades econômica, inacessibilidade aos campos científicos, políticos e culturais; consubstanciada em uma inexistente inferioridade intelectual, relegando aos negros o papel de criminoso contumaz e clientela do sistema punitivo, conforme será exposto no segundo capítulo, com atenção especial as mulheres negras.

O Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> no julgamento da ADPF 186 DF<sup>4</sup>, firmou o vínculo entre cidadania e igualdade racial, visto que declarou que a consolidação de uma sociedade democrática no país, depende do êxito— ainda inconcluso - da inclusão racial.

Cumprе salientar que ao analisar as decisões judiciais que versam sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, em especial no que tange as cotas raciais para o ingresso no ensino superior<sup>5</sup>, resta patente a relevância social e teórica de estudos sobre os processos de discriminação que alijam os negros dos mais variados contextos sociais, em uma sociedade que ainda celebra a falácia de democracia racial e por vezes, nega a influência do racismo na desigualdade social que assola os grupos vulneráveis.

Nesse contexto, os estudos de Moreira (2017, p. 1056)

Inúmeros estudos sociológicos e históricos demonstram que afrodescendentes sofrem as consequências de processos discriminatórios que os mantêm em uma situação de perene marginalização. Homens negros e mulheres negras são vítimas preferenciais da violência policial, eles permanecem menos tempo na escola, ganham menos da metade do salário de homens brancos, são frequentemente representados de forma negativa nos meios de comunicação e são vítimas constantes de injúria racial. Essa realidade decorre da permanente circulação de estereótipos culturais que legitimam práticas excludentes em muitas esferas da vida social, processo mascarado pela influência da noção de neutralidade racial no âmbito cultural e político.

A negação do negro como capaz de desenvolver relevante papel social e colaborar para o sucesso do processo civilizatório calcado pela burguesia, restou por excluir o negro dos mais diversos contextos, conforme assevera Pinho e Figueiredo (2002, pp. 198-206):

---

3 Julgado - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 186. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ricardo Lewandovsky. 26.04.2012, p. 49 - 54

4 Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adpf-186-cotas-raciais.pdf>. Acesso em 10 de Maio 2019.

5 A Universidade de Brasília foi a primeira instituição de ensino superior federal a adotar um sistema de cotas raciais para ingresso por meio do vestibular. Disponível em: <https://noticias.unb.br/76-institucional/2319-aprovacao-das-cotas-raciais-na-unb-completa-15-anos>. Acesso em 06 de Junho 2019

O campo das Ciências Sociais brasileiras, notadamente no que se refere aos estudos de relações raciais, faz parte da história das relações de raça no Brasil. Tanto alimenta as interpretações que entram nas disputas efetivas, extrapolando o campo acadêmico propriamente dito, como, constituindo modelos de leitura legítimos para a realidade, ajuda a ocultar o que deveria esclarecer: as relações entre a produção do conhecimento e a estrutura desigual da sociedade brasileira, racialmente marcada. (...) O que parece fora do lugar não são necessariamente as idéias, mas o negro quando não está imobilizado como uma categoria, subjugado como um objeto, ou re-presentado como uma alegoria."

No momento em que a abolição rompeu, mesmo que de modo simbólico posto ainda inconclusa, a latente e estigmatizadora escravidão, o negro migrou para outro cenário, sem qualquer respaldo, fato que pode ter contribuído para a dificuldade na construção de identidade negra no país, somada aos profundos processos de racismo, conforme nos indica Sueli Carneiro (2005, p.57):

É assim que o negro sai da história para entrar nas Ciências, a passagem da escravidão para a libertação representou a passagem de objeto de trabalho para objeto de pesquisa. A invisibilização da presença negra na cena brasileira, que gradualmente vai se processando, contrasta com a vasta produção acadêmica que irá se desenvolvendo em torno dessa nova condição de objeto de estudo. Um epistemicídio que constrói um campo de saber fundado num manifesto, numa convocatória como se pode considerar a conclamação de Sílvia Romero. A contrapartida é o também crescente embranquecimento da representação social. Duas manobras que vão promovendo, ao nível da reconstrução do imaginário social sobre o país, o branqueamento em todas as dimensões da vida social.

A construção da identidade negra e a persistência em alterar o paradigma de racismo estrutural, colocou em pauta o ser por trás de toda a negação de direitos. Entretanto, ainda vivenciamos uma atribuição apequenada da fala e atuação dos pesquisadores negros, conforme afirma Sueli Carneiro (2005, p. 60):

Os ativistas negros, por sua vez, com honrosas exceções, são tratados, pelos especialistas da questão racial, como fontes de saber mas não de autoridade sobre o tema. Os pesquisadores negros em geral são reduzidos também à condição de fonte e não de interlocutores reais no diálogo acadêmico, quando não são aprisionados exclusivamente ao tema do negro. Portanto, os progressos do negro no interior das relações raciais vêm promovendo uma parcela da militância negra da condição de mero objeto para o de fonte primária, com certo incipiente estatuto de manifestação primária de racionalização em torno de sua problemática.

A supremacia cultural e racial dos não-negros, presentes na mídia e no showbiz, assim como na academia, estabelecem mecanismos psicológicos aptos a atingir o inconsciente coletivo, de modo a reforçar a atribuição de papéis de segunda classe aos negros, ao passo em que fortalece a falácia da democracia racial. Frente a esse contexto Calligaris, (1997, p. 243) assevera:

[...] o mito da democracia racial é fundado em uma sensação unilateral e branca de conforto nas relações inter-raciais. Esse conforto não é uma invenção. Ele existe de fato: é o efeito de uma posição dominante incontestada. Quando digo incontestada, no que concerne a sociedade brasileira, quero dizer que não é só uma posição dominante de fato – mais riqueza, mais poder. É mais do que isso. É posição dominante de fato, mas que vale como uma posição de direito ou seja, como efeito não da riqueza, mas de uma espécie de hierarquia de castas. O recorte em relação a construção da identidade negra para as mulheres, se deve pelos graves obstáculos potencializados pela condição de gênero, evidenciado por dados estatísticos, conforme com o IPEA<sup>6</sup> frente ao mesmo nível de

---

6 Dados do estudo de Igualdade Racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes, 2013, IPEA.

escolaridade, as mulheres brancas ganham 68,7% do salário dos homens brancos, enquanto os homens negros ganham metade e as mulheres negras menos ainda, 38,5%.

O sistema punitivo enquanto estrutura formal de sujeição dos corpos frente a lesão a bens jurídicos eleitos pelo corpo social, mantém processos de seleção e marginalização dos corpos negros, com graves prejuízos a mulher negra, conforme será exposto no item seguinte.

## **2. A INVISIBILIDADE DE GÊNERO E SEGREGAÇÃO RACIAL NO AMBIENTE PRISIONAL**

Ao analisar o sistema penitenciário brasileiro, cumpre observar a seletividade discriminatória pautada no gênero e na raça, resultado da profunda desigualdade social e o processo de criminalização de grupos já marginalizados no corpo social, que se aglomeram nas unidades prisionais do país.

A imposição de pena transmite à sociedade a falsa ideia de proteção e segurança. Diante do alto índice de criminalidade, a população repousa sua segurança na atuação do direito penal. Não se pode discorrer acerca da realidade do sistema carcerário nacional, olvidando as condições em que se estabelece o cumprimento de pena das mulheres em situação de cárcere.

Historicamente a figura da mulher percorre a era moderna, sendo discriminada nas relações sociais. Panorama que se acentua, diante das graves violações de direitos humanos, no ambiente prisional, frente a negligência do Estado em atender as demandas específicas decorrentes das questões de gênero. (DESTRO e COSTA 2017).

Dessa forma, por meio das contribuições da criminologia crítica e analisando a realidade do cumprimento de pena privativa de liberdade, evidencia-se um abismo entre o discurso oficial e a e a real função exercida pela privação da liberdade nos tempos atuais.

Nesse sentido Alessandro Baratta (2002, p. 160) assim preceitua:

A criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional e disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição. O salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade.

No que se refere às apenadas, cumpre destacar a carência em relação aos dados e demais subsídios oficiais das mulheres em situação de cárcere.

Em 2014, o Infopen disponibilizou um material que reúne indicadores do perfil das mulheres<sup>7</sup>, reforçando que as particularidades que impõem tratamento diverso daquele dispensado

---

7 Podemos acompanhar o perfil das mulheres apenadas nos seguintes termos: “ Segundo os últimos dados de junho de 2014, o Brasil conta com uma população de 579.7811 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, sendo 37.380 mulheres e 542.401 homens. No período de 2000 a 2014 o aumento da população feminina foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva

aos homens (2014, p.5):

As mulheres em situação de prisão têm demandas, necessidades e peculiaridades que são específicas, o que não raro é agravado por histórico de violência familiar, maternidade, nacionalidade, perda financeira, uso de drogas, entre outros fatores. A forma e os vínculos com que as mulheres estabelecem suas relações familiares, assim como o próprio envolvimento com o crime, apresentam-se, em geral, de maneira diferenciada quando comparado este quadro com a realidade dos homens privados de liberdade. Historicamente, a ótica masculina tem se potencializado no contexto prisional, com reprodução de serviços penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compõem o universo das mulheres, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. Há uma deficiência grande de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais dos governos, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas.

A profunda disparidade entre o tratamento concedido aos homens e as mulheres no sistema carcerário se faz notório de plano a partir dos dados que indicam a destinação dos estabelecimentos prisionais, onde o INFOPEN de 2014, indica que temos 1.070 unidades masculinas, o que configura um percentual de 75%. Nas outras destinações, há o indicativo de 238 estabelecimentos mistos (17%) e 103 estabelecimentos femininos (7%).<sup>8</sup>

A negação dos direitos das mulheres apenadas, por parte da gestão pública, não gera resultados apenas a essa parcela, antes de tudo, acaba por atingir o núcleo intangível de preceitos normativos e principiológicos eleitos pelo corpo social. Outrossim, parece um contrassenso buscar a efetivação dos direitos fundamentais por meio da imposição de pena, considerando as condições desumanas a que são submetidos os apenados nos cárceres do país.

A superlotação das unidades prisionais indica um panorama absolutamente contrário ao que preceitua os instrumentos normativos.

Dessa forma, importante destacar que as reflexões provenientes das questões de gênero não se limitam as diferenças fisiológicas ou biológicas entre homem e mulher. Antes, contudo, vislumbram o indivíduo por meio da conjuntura que está inserido, e os papéis definidos por meio da construção social.

Assim sendo, nas palavras de Baratta (1999, p.23): “Os gêneros não são naturais, não dependem do sexo biológico, mas, sim, constituem o resultado de uma ação social, sendo, portanto, construídos de forma gradativa e dinâmica.

Sobre o tema importante contribuição de Mendes (2014, p.171):

---

ascendente do encarceramento em massa de mulheres. Em geral, as mulheres em submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento”. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 10 jan 2018.

8 Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. INFOPEN Mulheres. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 8 de jan. 2018.

Não é possível analisar os processos de criminalização e vitimização das mulheres sem que se considerem crenças, condutas, atitudes e modelos culturais (informais), bem como as agências punitivas estatais (formais). A análise dos processos de criminalização e vitimização das mulheres exige dupla tarefa. Lançar luzes sobre esta dicotomia permite compreender o desinteresse da (s) criminologia(s) pela família, não somente como núcleo primário de agregação e convivência, mas, também, das relações de poder.

Destarte, analisando o cenário social, econômico e político, assim como o sistema prisional, temos que posições de segunda classe para a mulher, sem reconhecer como representante de si mesma, ignorando as condições de gênero. Em relação à posição desigual entre homens e mulheres no contexto social, é preciso entender que determinadas diferenciações são necessárias para se alcançar a isonomia, o que não se pode permitir é que as diferenças prejudiquem ou menosprezem a figura humana.

Considerando as questões de gênero, que permeiam a sociedade, com especial impacto nas condições de cumprimento de pena das mulheres apenadas, a ciência jurídica deve absorver as contribuições da criminologia, e a mesma deve avançar a fim de reunir a postura crítica em relação ao sistema de justiça e o feminismo, construindo uma única criminologia, atenta as questões de gênero e as desigualdades sociais reforçadas no ambiente carcerário. (BARATTA, 1999, p. 43).

Na análise das premissas que estruturam o modelo de política criminal e de privação de liberdade, cabe analisar a seletividade pautada no gênero e na raça, conforme nos coloca Borges (2018, p.16):

O sistema de Justiça Criminal tem profunda conexão com o racismo, sendo o funcionamento de suas engrenagens mais do que perpassadas por essa estrutura de opressão, mas o aparato reordenado para garantir a manutenção do racismo e, portanto, das desigualdades baseadas na hierarquização racial.

As unidades prisionais do país impõem às mulheres tratamento degradante, reunindo as mais diversas agressões a sua dignidade física, moral e sexual, consubstanciadas por maus tratos, torturas, abusos sexuais, ausência de assistência médica, escassez nas vagas de trabalho, atividades culturais e educacionais. (DESTRO e COSTA 2017).

Somado a isso, as condições insalubres das celas, com iluminação precária, má ventilação, circulação de odores fétidos, inclusive com restos de comida, facilitando a proliferação de insetos, ratos, e doenças respiratórias no interior das celas, são rotina no cárcere feminino.

Em relação às mulheres, de acordo com os dados divulgados em 2014, pelo Infopen Mulher, e que já estão desatualizados, na época contávamos com uma população de 579.7811 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário nacional, sendo que cerca de 37.380 eram mulheres e 542.401 homens. (INFOPEN MULHER 2014).

O documento trouxe importante contribuição à medida que indicou o aumento na taxa de aprisionamento das mulheres, levando em consideração o período de 2000 a 2014, com o aumento

de 567,4% da população feminina, enquanto para os homens, o crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%<sup>9</sup>, evidenciando o encarceramento em massa das mulheres.<sup>10</sup>

Em 2013, no mutirão carcerário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), teve destaque a situação peculiar das mulheres em situação de cárcere na penitenciária feminina de Santana/SP, onde as detentas não tinham acesso a produtos mínimos de higiene, tendo de usar miolo de pão como absorvente<sup>11</sup>.

Nesse contexto, podemos perceber que o processo de criminalização atua de modo seletivo e resta por degradar uma parcela da população que já é excluída dos estratos sociais, seguindo a lógica da sociedade patriarcal, em que a mulher é vista como um ser inferior. Nas palavras de Baratta (1999, p. 45):

A relação de condicionamento recíproco entre esta seletividade e a realidade social não é mensurável apenas com a escala das posições sociais e com a sua reprodução. A estrutura dos papéis nas duas esferas da divisão social de trabalho, quais sejam, a da produção material e a da reprodução, não é menos importante. É nesta diferenciação das esferas e dos papéis na divisão do trabalho que age a construção social dos gêneros. A sociedade patriarcal reservou, de forma ampla, o protagonismo da esfera produtiva aos homens e do círculo reprodutivo, às mulheres.

Assim, verifica-se que o Direito Penal apenas reproduziu em seu discurso um estigma já presente na sociedade em relação à mulher, evidenciando a bipolaridade de gênero no sistema prisional, com o império de conceitos exclusivamente masculino e a coisificação da figura da mulher. (Andrade 2004, p. 17).

Apesar de corresponder a 6,4% da população carcerária no país, as mulheres têm se tornando mais numerosas entre as pessoas detidas, conforme os dados de 2014, destaca-se a curva ascendente do encarceramento em massa das mulheres, já que no período entre os anos de 2000 a 2014 o aumento da população feminina foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento do público masculino, no mesmo período, representa 220,20%.<sup>12</sup>

Destaca-se que, a mulher não figura em situação de vantagem pelo fato de estar menos encarcerada em comparação com os homens. Em verdade, as questões de gênero e as necessidades que dele decorrem, tornam o cumprimento da pena privativa de liberdade ainda mais aviltante. A penalização no âmbito criminal tem o condão de gerar outras lesões a dignidade da mulher negra,

---

9 Relatório DEPEN. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 5 jan. 2018.

10 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/08/numero-de-mulheres-presas-dispara-e-20-estados-ja-tem-presidios-femininos-superlotados.htm>. Acesso em 05 jan 2018.

11 CNJ. Mutirão carcerário do CNJ liberta 2,3 mil pessoas em SP. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58096-mutirao-carcerario-do-cnj-liberta-23-mil-pessoas-em-sp>. Acesso em: 10 jan. 2018.

12 Conforme dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça em 2014 (INFOPEN MULHERES). Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 08 jan. 2018. p. 10.

conforme nos indica Reis (2005, p.49):

Qualquer entendimento dos discursos de criminalização de jovens homens negros passa pela leitura do que pensa a sociedade sobre as mulheres negras, pois são elas que se imputa culpa pelo nascimento, em grande medida, a responsabilidade legal de uma geração, que o conservadorismo considera ' indesejada '.

O cumprimento de pena privativa de liberdade não representa apenas para as mulheres negras privação do direito de ir e vir significa, em sua gênese, a manutenção de estruturas de controle e exclusão do corpo negro e o avultamento de vulnerabilidades frente aos mais diversos contextos sociais.

O sistema punitivo reflete os valores morais e os padrões eleitos pelo corpo social como aceitáveis. Dessa maneira não podemos analisar a conjuntura do atual sistema carcerário nacional, sem vislumbrar a presença marcante do racismo também neste ambiente.

Em que pese à afirmação de muitos que vivenciamos uma era de democracia racial, os dados revelam que o racismo perpassa as estruturas que consolidam o estado brasileiro, e aprofundam as desigualdades sociais pautadas, sobretudo, no preconceito racial.

Antes de analisar de que forma o racismo piora a situação de aprisionamento é necessário desnudar a sua presença na sociedade brasileira. Nesse sentido nos valem os dados apresentados por Borges (2018, p.17):

Em recente pesquisa, 92% dos brasileiros acreditam que há racismo no Brasil. No entanto, apenas 1,3% se assumiu racista. 68,4% dos brasileiros adultos e já presenciaram Branco chamando um negro de "macaco", apenas 12% fizeram algo em relação a agressão racista que testemunharam. Um em cada seis homens brancos não gostariam de ver sua filha casada com um homem negro.

Apesar dos dados apresentados o racismo ainda se mostra para muitos como uma sombra invisível, que mantém privilégios para alguns e afasta a presença de negros nos espaços de poder. Nesse panorama, de uma sociedade calcada em um "sistema racializado de controle social" (2010,p.7), cumpre analisar a engrenagem que alimenta o sistema de Justiça Criminal também perpassado pelo racismo.

Nesse cenário Agamben (2002, p. 125) nos apresenta a partir de seus estudos sobre biopolítica, a relação da sujeição dos corpos com a exclusão, que se intensifica a medida de que se determinam o destino e a real tutela jurídica de determinados grupos sociais.

Os estudos acerca do ambiente prisional na atualidade, não atinge com profundidade a intrínseca relação entre o sistema punitivo concebido perante as questões raciais e de gênero. Analisar o fenômeno punitivo na atualidade, sobretudo, por meio dos dados alarmantes da população carcerária brasileira, reclama a análise jurídica e sociológica das concepções que estruturam o Estado Brasileiro, e refletem na construção legislativa e no aparato punitivo.

Para elucidar de que maneira se dá a relação entre gênero, raça e o sistema prisional nos

valemos as contribuições de Borges (2018, p.22):

São muitas as redes que vão lançando as mulheres negras no centro desse sistema. Se, primeiro, o genocídio que acometem as mulheres negras passava mais por outros âmbitos do sistema como negação de acesso à saúde, saneamento, políticas de autonomia dos direitos sexuais e reprodutivos, a violência sexual e doméstica, superexploração do trabalho, notadamente o doméstico, estas violências vão, também, se sofisticando e tomando contornos cada vez mais complexos, modificando sido controle para o extermínio necropolítico<sup>13</sup>.

Podemos considerar que para Agamben um dos traços marcantes da biopolítica em tempos contemporâneos é a contínua e interminável necessidade de se redefinir o limite que separa aquilo que é incluído daquilo que é excluído dos fenômenos jurídico-políticos. (Agamben, 2002, p. 138). Em relação à histórica sujeição dos corpos femininos negros ao sistema punitivo, nos valemos das considerações de Borges (2018, p.15):

[...] Por serem corpos historicamente perpassadas pelo controle e punição, devido ao passado escravocrata brasileiro, discutir encarceramento articulado a questão de gênero passa por abarcar diversos e complexos fatores para análise.

As estruturas formais de poder determinam a quem deve ser concedido acesso à ampla gama de direitos resguardados pelos preceitos constitucionais, e aqueles, que por razões históricas e raciais, seguem alijados dos mais diversos contextos sociais.

É nesse panorama exclusão e violência contra a população negra que Mbembe (2003) cunhou o termo necropolítica, que nas palavras de Borges (2017, s.p) explica a essência do referido conceito:

O poder de ditar quem deve viver e quem deve morrer. É um poder de determinação sobre a vida e a morte ao desprover o status político dos sujeitos. A diminuição ao biológico desumaniza e abre espaço para todo tipo de arbitrariedade e inumanidade. No entanto, para o sociólogo a racionalidade na aparente irracionalidade desse extermínio. Utilizam-se técnicas e desenvolvem-se aparatos meticulosamente planejados para a execução dessa política de desaparecimento e de morte. Ou seja, não há, nessa lógica sistêmica, a intencionalidade de controle de determinados corpos de determinados grupos sociais. O processo de exploração e do ciclo em que se estabelecem as relações neoliberais opera pelo extermínio dos grupos que não tem lugar algum no sistema, uma política que parte da exclusão para o extermínio.

A partir das construções de Mbembe (2003), é possível fazer um paralelo entre o extermínio da população jovem e negra, dentro e fora das unidades prisionais.

De acordo com o IPEA<sup>14</sup> ser negro no Brasil corresponde a sujeitar-se a um grave indicador de violência, uma vez que a cada três homicídios, dois são de negros. Por meio das recentes pesquisas, a possibilidade de um adolescente negro ser vítima de homicídio é 3,7 vezes maior em comparação com os brancos.

---

13 Nota de rodapé - o termo necropolítica é um conceito formulado por Achile Mbembe. Necropolitics. [tradução: Libby Meintjes] Public Culture. Duke University Press, 2003.

14 Disponível em: [http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_acymailing&ctrl=archive&task=view&listid=10-avisos-de-pauta&mailid=657-negros-sao-dois-a-cada-tres-assassinados-aponta-estudo-do-ipea](http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_acymailing&ctrl=archive&task=view&listid=10-avisos-de-pauta&mailid=657-negros-sao-dois-a-cada-tres-assassinados-aponta-estudo-do-ipea). Acesso em 02. Ago 2018.

Dessa maneira a percepção sobre as práticas racialmente discriminatórias presentes em nossa sociedade, são reforçadas no ambiente prisional. Sobretudo frente à mulher negra, vulnerabilizada socialmente e invisibilizada dentro das unidades prisionais.

Diante dessa conjuntura salta aos olhos o compromisso das produções acadêmicas na análise da relação entre racismo, gênero e sistema criminal, a medida em que essa simbiose amplia as desigualdades sociais fundadas na raça e torna a permanência da mulher negra no cárcere, uma experiência de degradação e aviltamento, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e a normativa interna e internacional de tutela aos direitos fundamentais.

Na análise da interação entre o preconceito racial e as profundas desigualdades que marcam a sociedade brasileira, cumpre inicialmente, desnudar a falácia da democracia racial, que mantém uma penumbra na concreta segregação baseada na cor da pele. Nesse sentido, Borges (2018, p.13) discorre sobre o compromisso da pesquisa científica e da produção acadêmica em resgatar esse debate:

Pode parecer fora de lugar falar em racismo, machismo, capitalismo e estruturas de poder em um país que tem em seu Imaginário a mestiçagem e a defesa como povo amistoso celebrada internacionalmente. Contudo, parece absolutamente pertinente refletir, escrever, falar e lutar nestas pautas quando os dados estatísticos nacionais provam o contrário do discurso comemorado e largamente difundido. Se a luta e as denúncias históricas dos movimentos negros do país sobre as desigualdades baseadas em raça não são suficientes, é preciso apelar aos dados e retomar as Produções acadêmicas e intelectuais históricas, e atuais, de pensadores negros e negras, e também não negros, mas absolutamente comprometidos com este tema. Afinal, epistemicídio<sup>15</sup> também é algo pouco discutido, mas que funciona ininterruptamente em nosso país.

Diante de uma sociedade marcada pelo racismo e exclusão social, o sistema punitivo, enquanto produto desta lógica, não permanece incólume.

Por meio dos dados oficiais, é possível conceber a natureza punitiva pautada na raça, que contribui para o encarceramento em massa das mulheres negras, conforme nos apresenta Borges (2018, p.14-15):

64% da população prisional é negra, enquanto que este grupo compõem 53% da população brasileira. Ou seja, dois em cada três presos e negros no Brasil. Se cruzarmos o dado geracional, esta distorção é ainda maior: 55% da população prisional é composta por jovens, ao passo que esta categoria representa 21,5% da população brasileira. Caso

---

15 Em relação ao termo, nos valem das contribuições de Carneiro (2005, p. 324): A análise dos dados relativos à mortalidade, morbidade e expectativa de vida sustentam a visão de que a negritude se acha inscrita no signo da morte no Brasil, sendo sua melhor ilustração o déficit censitário de jovens negros, já identificados estatisticamente em função da violência que os expõe prioritariamente ao “deixar morrer”, além dos demais negros e negras, cujas vidas são cerceadas por mortes, preveníveis e evitáveis, que ocorrem pela omissão do Estado. Alia-se nesse processo de banimento social a exclusão das oportunidades educacionais, o principal ativo para a mobilidade social no país. Nessa dinâmica, o aparelho educacional tem se constituído, de forma quase absoluta, para os racialmente inferiorizados, como fonte de múltiplos processos de aniquilamento da capacidade cognitiva e da confiança intelectual. É fenômeno que ocorre pelo rebaixamento da auto-estima que o racismo e a discriminação provocam no cotidiano escolar; pela negação aos negros da condição de sujeitos de conhecimento, por meio da desvalorização, negação ou ocultamento das contribuições do Continente Africano e da diáspora africana ao patrimônio cultural da humanidade; pela imposição do embranquecimento cultural e pela produção do fracasso e evasão escolar. A esses processos denominamos epistemicídio.

mantenhamos este ritmo, em 2075, uma em cada 10 pessoas estará com privação de liberdade no Brasil. [...] Em números absolutos, 37.380 mulheres estão em situação prisional. [...] 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos e 67% são negras, ou seja, duas em cada três mulheres presas são negras.

O cenário prisional posto para as mulheres adultas se repete para jovens mulheres que cumprem medida socioeducativa. Borges (2018, p.16) a partir de dados oficiais, nos apresenta um panorama do perfil das internas da Fundação Casa, indicando que “a estrutura das casas segue a lógica prisional, a maioria das internas tem entre 15 e 17 anos, sendo 68% negras - este dado no Estado de São Paulo chega a 72%”.

Em que pese à negação de direitos aos negros, e a vulnerabilidade acentuada das mulheres negras, conforme nos afirma Nascimento (2006, p.48) o racismo brasileiro se coloca como "um emaranhado de sutilezas", que por vezes impede que a ciência do direito e a produção científica volte seus olhos a essa problemática

As práticas raciais discriminatórias permanecem em envoltas em todo processo histórico de construção do ideal social brasileiro e permanece atuante no sistema criminal.

O racismo alimenta a violência que massacra as mulheres negras em situação de cárcere, provém de construções no ideário social de que a figura do corpo negro representa perigo. Conforme nos coloca Borges (2018, p.54):

O estado no Brasil é o quê fórmula, corrobora e aplica um discurso e políticas de que negros são indivíduos para se nutrir medo e, portanto, a repressão. A sociedade, imbuída de medo por este discurso e pano de fundo ideológico, corrobora e incentiva a violência, à tortura, as prisões e o genocídio.

As mulheres negras passam pela coisificação simbólica e material da sua figura humana, e esse mecanismo conforme nos coloca Borges (2018, p.58) comprometem inclusive a percepção de qualidades e autoestima da mulher negra, uma vez que “esses processos de desumanização e objetificação marcam os corpos e o sujeito os negros comprometendo, inclusive, sua capacidade de enxergar-se como indivíduos que têm ou devem buscar seus lugares no mundo”. Nogueira (1998, p.35):

A instituição da escravidão construiu para os negros a representação segundo a qual eram os seres que, pela carência de humanização, porque portadores de um corpo negro que expressavam uma diferença biológica, se inscreviam na escala biológica no ponto em que os aproximavam de animais e coisas. Seres estes que, legitimamente, constituem objetos de posse dos indivíduos humanos. Com isso, o negro é apartado, e não excluído, como o corpo social.

Conforme Carneiro (2008) raça é hoje e sempre foi um conceito eminentemente político. O controle social na esfera punitivista se consolidou a partir de um aparato seletivo e hierarquizante onde reproduz a morte social dos indivíduos negros e a invisibilidade das mulheres que superlotam as unidades prisionais do país.

Sobre a seletividade racial do sistema penal Bueno (2017, s.p) nos coloca:

A abordagem sobre seletividade penal passa, muitas vezes, em branco (literal e metafóricamente), consequência da força do mito da democracia racial brasileira e dos discursos universalista de classe. Há um senso comum que aponta que as violências e índices de criminalização indevida estão mais relacionadas com fatores sociais do que com racismo. Porém, o que se verifica, na realidade, são relatos e experiências de jovens negros e negras que convivem desde a tenra idade com a sabedoria do medo.

O racismo enquanto processo histórico e político, se materializa de forma concreta na desigualdade econômica, política e jurídica, onde os negros são sujeitos de segunda classe, e as mulheres negras, relegadas ao cárcere, são esquecidas pela família e pela sociedade.

O tratamento desigual que marca o contexto social e a realidade das unidades prisionais do país, baseado exclusivamente no fenótipo revelam que estamos diante de um racismo estrutural<sup>16</sup>. Sobre o tema nos valem à contribuição de Silvio Almeida (2018, p.37):

Em uma sociedade em que o racismo está presente na vida cotidiana, As instituições que não tratarem de maneira ativa e como um problema a desigualdade racial irão facilmente reproduzir as práticas racistas já tidas como "normais" em toda a sociedade.

A realidade das unidades prisionais femininas no Brasil, extraídas a partir dos dados e relatórios públicos, indicam que as mulheres apenadas são expostas a graves violações de direitos, refletindo o mesmo esquecimento, condições inadequadas de convivência, falta de higiene e acomodação, a recorrência de tortura e maus tratos, vivenciado nas cadeias masculinas, quadro agravado diante das lesões decorrentes das questões gênero praticadas contra as mulheres. Sobre o tema as considerações de Santos (2014, p.50):

A prisão, na perspectiva das mulheres, precisa ser analisado na contemporaneidade sobre alicerces interseccionais, pois nela reside um aspecto de sexismo e racismo institucionais em concordância com a inclinação observada da polícia em ser arbitrária com segmento negro sem o menor constrangimento, de punir os comportamentos das mulheres de camadas sociais e estigmatizadas como sendo de caráter perigoso, inadequado e passível de punição.

É possível perceber, que o efeito da prisionização é muito mais grave nas mulheres presas. O abandono pela família e pelos companheiros é acontecimento corriqueiro, dificultando o retorno da mulher à sociedade. A mulher deixa o sistema prisional sem qualquer esperança de acolhimento ou de melhora na sua condição, por isso muito comum os casos de reincidência.

Portanto, devemos considerar que a invisibilidade da perspectiva de gênero não se limita a questões estruturais ou legislativas, limitadas aos muros das penitenciárias, ela se estende para além da pena, criando graves obstáculos a ressocialização da mulher.

---

16 Em relação ao racismo estrutural cumpre destacar os estudos de Silvio Almeida (2018, p. 38) que apresenta a seguinte análise: “O racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo normal com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre pelas costas dos indivíduos eles parecem legado pela tradição”.

A dupla penalização que recai sobre a mulher criminosa, orientada por um pensamento patriarcal, cria um distanciamento da mulher presa de sua família, fato que dificulta a ressocialização. Odete Maria de Oliveira (2002, p.47) expõem:

*A privação da liberdade é o pior sofrimento que se pode impor ao ser humano. Para a mulher representa um peso duplo e ainda mais grave que para o homem. Além do rompimento com seus familiares e companheiro, impõe o afastamento de seus filhos e do recinto privativo do lar. É a privação, via de regra, mais difícil de ser suportada. [...]Para algumas famílias, a desonra de ter um membro preso, é contrangedora. Preferem fazer as crianças acreditarem estar a mãe morta. Outras vezes, abandonam totalmente a encarcerada, interrompem as visitas, não pagam as custas de honorários aos advogados, deixando-as entregues a sua própria sorte. No caso de penas longas, a sanção provoca, muitas vezes, também o rompimento da união matrimonial ou o afastamento do companheiro.*

A ineficiência do Estado em implementar políticas públicas eficientes no combate a violência e a criminalidade reforçam na população a ideia de que apenas o direito penal, hipertrófico e severo, é capaz de resolver os graves problemas de segurança que assolam a sociedade.

Dessa maneira, as funções declaradas da prisão, quais sejam através das ideias simbólicas de prevenção geral, retribuição e ressocialização, mostram-se como uma falácia facilmente detectável pela seletividade da justiça criminal, que apenas tem a missão de manter o *status* social e perpetuação da exclusão social. (CIRINO, 2005, p. 18).

Sobre o tema Foucault (2009, p. 230) indica que os objetivos ideológicos do sistema penal seriam a repressão e a contenção da criminalidade crescente; e na verdade os objetivos reais, por sua vez, seriam a repressão seletiva da criminalidade, ou seja, a repressão dos excluídos, de modo a salvaguardar os interesses das classes dominantes.

Nesse sentido, observa-se que uma ciência criminal comprometida com a manutenção das estruturas desiguais da sociedade, revela-se inapta à tutela e efetivação dos direitos fundamentais dos apenados, e em última análise da sociedade como um todo.

## **CONCLUSÃO**

Frente ao panorama de exclusão e negação de direitos pautados na raça, a pesquisa se debruçou em analisar os desafios na construção da identidade negra em uma sociedade racializada, que consolida o sistema punitivo por meio de padrões discriminatórios.

A eleição de perfis sociais para compor a massa carcerária, seguindo a lógica do etiquetamento, nos direciona para um modelo punitivo, consubstanciado na seletividade em razão do gênero e da raça. O sistema punitivo enquanto estrutura formal de sujeição dos corpos frente a lesão a bens jurídicos eleitos pelo corpo social, mantém processos de seleção e marginalização da mulher negra.

A percepção sobre as práticas racialmente discriminatórias presentes em nossa sociedade, são reforçadas no ambiente prisional, sobretudo frente à mulher negra, vulnerabilizada socialmente e invisibilizada dentro das unidades prisionais.

A vista das graves lesões à dignidade humana dos apenados, a função do direito penal, visto como imposição de sanção ao agente que infringiu a norma penal, resta apenas por controlar em razão do medo produzido pelo espetáculo da execução penal e degradação dos indivíduos.

O compromisso na superação do litígio estrutural que assola o sistema carcerário brasileiro e avulta as desigualdades sociais, deve ser um compromisso assumido pela coletividade. A manutenção das graves lesões aos direitos fundamentais e as questões que envolvem a segurança pública e a gestão de massa carcerária colocam-se como pautas urgentes e indispensáveis.

Os estudos acerca do ambiente prisional na atualidade, não atinge com profundidade a intrínseca relação entre o sistema punitivo concebido perante as questões raciais e de gênero. Analisar o fenômeno punitivo na atualidade, sobretudo, por meio dos dados alarmantes da população carcerária brasileira, reclama a análise jurídica e sociológica das concepções que estruturam o Estado Brasileiro, com recorte em relação ao racismo estrutural.

Diante dessa conjuntura salta aos olhos o compromisso das produções acadêmicas na análise da relação entre racismo, gênero e sistema criminal, a medida em que essa simbiose amplia as desigualdades sociais fundadas na raça e torna a permanência da mulher negra no cárcere, uma experiência de degradação e aviltamento, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e a normativa interna e internacional de tutela aos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Sistema penitenciário no Brasil: Problemas e desafios**. Revista USP. Março, abril e maio. 1991.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o Poder Soberano e Vida Nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Série Feminismos Plurais. São Paulo. Letramento. 2018.

ARAÚJO, Emanuel. **Negras memórias, O imaginário luso-afro-brasileiro e a herança da escravidão**. Estud. Av. vol.18 no.50 São Paulo Jan./Apr. 2004. Disponível na internet em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142004000100021](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100021) – Acesso em 20/05/2018.

ARBOLEYA, Simone e MEUCCI, Arilda. **Trajetórias de docentes negros no ensino superior brasileiro e a construção de significados para o mérito “incomum”**. 2016 Disponível na internet em: [http://www.evento.ufal.br/anaisreaabanne/gts\\_download/Arilda%20Arboleya%20-](http://www.evento.ufal.br/anaisreaabanne/gts_download/Arilda%20Arboleya%20-)

%201020301%20-%203590%20-%20corrigido.pdf – Acesso em 18/05/2018.

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

BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento, In: Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Série Feminismos Plurais. São Paulo. Letramento, 2018.

BORGES, Maria Célia; AQUINO, Orlando Fernández e PUENTES, Roberto Valdés. **Formação de professores no Brasil: história, políticas e perspectivas**. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n.42, p.94-112, jun2011 - ISSN: 1676-2584

BUENO, Winnie. **Quantos meninos negros precisam ser encarcerados para que combatamos a seletividade penal?** Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/10/quantos-meninos-negros-precisam-ser-encarcerados-para-que-combatamos-seletividade-penal/>. Acesso em 02 ago 2018.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. **Sistemas de penas, dogmática jurídica penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CARNEIRO, Sueli Aparecida. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. Tese de Doutorado em Educação. São Paulo: FEUSP, 2005.

CARNEIRO, Sueli. **Ideologia Tortuosa**. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/ideologia-tortuosa/>. Acesso em 08 ago 2018.

CARVALHO, Marília Pinto de e SILVA, Viviane Angélica. **Ser docente negra na USP: gênero e raça na trajetória da professora Eunice**. P O I É S I S – Revista Do Programa De Pós-Graduação Em Educação – Mestrado – Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul, Tubarão, v.8, n.13, p. 30 - 56, Jan/Jun 2014.

CASTRO, Ana Lucia de. **Culto ao Corpo e Sociedade: mídia, estilos de vida e cultura de consumo**. Campinas, publicado por Annablume, segunda edição, 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba:ICPC/Lumen Juris, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Larissa Aparecida. DESTRO, Carla Roberta Ferreira. **Tutela Deficitária do Cárcere Feminino e os Efeitos da Prisionização**. XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas. Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line]. Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

CRISOSTOMO, Maria Aparecida dos Santos e REIGOTA, Marcos Antonio dos Santos.

**Professoras Universitárias Negras: Trajetórias e Narrativas.** Avaliação, Campinas; Sorocaba, SP, v. 15, n. 2, p. 93-106, jul. 2010.

DAMASCENO, Victoria e MARTINS, Leandra Rajczuk. **Perfil racial dos docentes da USP**

**analisa baixo índice de professores negros.** USP/SP, 2017. Disponível na internet em:

<https://paineira.usp.br/aun/index.php/2017/03/23/perfil-racial-dos-docentes-da-usp-analisa-baixo-indice-de-professores-negros/> - Acesso em 14/05/2018.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical.** 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. rev. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

GATTI, Bernardete. **Formação De Professores no Brasil: características e problemas.** Educ.

Soc., Campinas, v. 31, n. 113, p. 1355-1379, out.-dez. 2010 1355. Disponível em

<http://www.cedes.unicamp.br> - Acesso em 02/06/2018.

GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. **A prisão e a condição humana do recluso.** Revista Argumenta, Jacarezinho, n. 15, p. 131-161, 2011.

Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/202/201>. Acesso em: 21 jul. 2018.

LEMOS, Maria Teresa Toribio Brittes. **As estratégias da memória e a construção da identidade.**

MTTB, 2015. Disponível na internet em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/17996-58936-1-SM.pdf> - Acesso em 21/05/2018.

LIMA, Aires David de e CORDEIRO, Maria José de Jesus Alves. **A Presença Negra nos Cursos de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul: Análise do**

**Percurso após Ingresso Pelas Cotas.** 2013. Disponível na internet em:

<https://seer.ufs.br/index.php/tomo/article/viewFile/3191/2793> - Acesso em 06/06/2018

Mackenzie de Educação Física e Esporte, São Paulo, Ano 5,n.1,2006. Disponível

em:<[www3.mackenzie.br/editora/index.php/remef/article/view/.../1006](http://www3.mackenzie.br/editora/index.php/remef/article/view/.../1006)> . Acesso

MATURANA, Humberto R.; REZEPKA, Sima Nisis de. **Formação humana e capacitação.**

Tradução de Jaime A. Clasen. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

MBEMBE, Achille. Necropolitics. [tradução: Libby Meintjes] Public Culture. Duke University Press, 2003.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILLS, Charles. The Racial Contract. Cornell University, 1997.

MOREIRA, Adilson José. CIDADANIA RACIAL. Revista Quaestio Iuris vol.10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. pp. 1052-1089.

- MORENO, Rachel. **Beleza impossível, A Mulher, Mídia e Consumo**. Editora ÁGORA, 2008.
- MORICONI, Lucimara Valdambrini, **Pertencimento e Identidade**, 2014, disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=000944186>> Acesso em: 26/03/2019
- NOGUEIRA, Isildinha B. **Significações do corpo negro**. Tese de doutorado, São Paulo USP 1998.
- OLIVEIRA, Fátima. Ser negro no Brasil: alcances e limites, In: Revista de Estudos Avançados, vol. 18, nº 50. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo: IEA. Janeiro/abril de 2004.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. A mulher e o fenômeno da criminalidade. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org). Verso e Reverso do Controle Penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v.1.
- PAULA, Rosangela Pires, CAVAGNARI, Daniel Weigert. **A Influência da Mídia na Construção da Beleza**. Disponível em: <<https://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/05/A-INFLUENCIA-DA-MIDIA-NA-CONSTRUCAO-DA-BELEZA.pdf>> Acesso em: 17/03/2019.
- PINHO & Figueiredo. **Que no instigante artigo idéias fora de lugar e o lugar do negro**. In: Revista do Centro de Estudos Feministas Afro-Asiáticos – CEAA. Rio de Janeiro, Editora Pallas, ano 24, n.º 1, 2002.
- PIRES, Mara Fernandes Chiari. **Docentes negros na Universidade Pública Brasileira: docência e pesquisa como resistência e luta**. Caminas, 2014 - Tese de Doutorado/ Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação.
- POLLAK, Michael. **Memória e Identidade Social - Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 200-212. Disponível na internet em: <http://www.pgedf.ufpr.br/memoria%20e%20identidadesocial%20A%20capraro%202.pdf> – Acesso em 21/05/2018.
- PROBST, E. R. **A Evolução da mulher no Mercado de Trabalho**. Disponível em: <<http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>> Acesso em: 29/03/2019.
- RATTS, Alex. Eu sou atlântica: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006.
- REIS, Vilma. Atucaiados pelo Estado: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações de 1991 a 2001. Dissertação de mestrado: UFBA, 2005.
- ROFRIGUES, Lucas de Oliveira. **Raça e etnicidade**. 2017. Disponível na internet em: <https://alunosonline.uol.com.br/sociologia/raca-etnicidade.html> - Acesso em 20/05/2018.
- SANTOS, Carla Adriana Da Silva. Ó Pa Í, Prezada! Racismo E Sexismo Institucionais Tomando Bonde no Conjunto Penal Feminino De Salvador. Dissertação. UFBA, 2014.
- SANTOS, Helena Miranda dos. **A Construção da Imagem “Ideal” da Mulher na Mídia Contemporânea**. Disponível em:
- SANTOS, Tereza Josefa Cruz dos. **Professores universitários negros: uma conquista e um**

**desafio a permanecer na posição conquistada.** In: OLIVEIRA, Iolanda de (org.). Cor e Magistério. Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: EDUFF, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Maria Nilza da. **O negro no brasil: um problema de raça ou de classe?** Revista Mediações, Londrina, v. 5, n. 2, p. 99-124, jul.-dez. 2000. Disponível na internet em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/9162-33741-1-PB.pdf - Acesso em 21/05/2018.

SILVA, Tatiana Dias, GOES Fernanda Lira. **Igualdade racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes.** Tatiana Dias Silva, Fernanda Lira Goes, organizadoras. – Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_igualdade\\_racialbrasil](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_igualdade_racialbrasil). Acesso em 17 de maio de 2019.

SOARES, Luanda Karoline. **De Corpóreo e Beleza: Uma análise e percepção dos alunos do nível médio sobre os padrões estéticos**, 2012. Disponível em: <<https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1722/1/LuandaKaroline.pdf>> Acesso em: 18/03/2019

TORINO, Isabel Halfen da Costa. **A memória social e a construção da identidade cultural: diálogos na contemporaneidade.** Universidade Federal de Pelotas, 2013. Disponível na internet em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/26/memoria-social.html> - Acesso em 21/05/2018.

VILLAR, Diego. **Uma abordagem crítica do conceito de "etnicidade" na obra de Fredrik Barth.** Mana vol.10 no.1 Rio de Janeiro Apr. 2004. Disponível na internet em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93132004000100006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132004000100006) – Acesso em 19/05/2018.

WONSOSKI, Wanessa. **O Conceito De Identidade Em Antônio Da Costa Ciampa, Zygmunt Bauman e Stuart Hall.** V SEMINÁRIO DE PRÁTICA DE PESQUISA EM PSICOLOGIA ISSN: 2317-0018 Universidade Estadual de Maringá 18 a 19 de Fevereiro de 2016. Disponível na internet em: <http://www.eventos.uem.br/index.php/spp/vsppp/paper/viewFile/2459/1633> - Acesso em 08/06/2018.

XAVIER, Gilberto. A importância da memória na formação da identidade do indivíduo. 2014. Disponível na internet em: <http://redeglobo.globo.com/acao/noticia/2013/03/importancia-da-memoria-na-formacao-da-identidade-do-individuo.html> - Acesso em 21/05/2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

# A LGBTFOBIA E A NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO

Brenda Tayná de Alencar SILVA<sup>1</sup>  
Ellen Carina Mattias SARTORI<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo perscrutar sobre a LGBTfobia e a necessidade de sua criminalização no Brasil. Dessa forma, é apresentado e explicado o conceito da sigla LGBT, bem como esclarecidas algumas nomenclaturas relacionadas à identidade de gênero, orientação sexual e LGBTfobia. Após, são feitas elucidações e análises dos projetos de lei sobre a criminalização da homotransfobia que estão em trâmite no Congresso Nacional. Na sequência, e como um dos principais tópicos, é exposto e explicado de forma detalhada a votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733 no Supremo Tribunal Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** LGBTfobia. Criminalização. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Mandado de Injunção.

## ABSTRACT

The main objective of this article is to investigate LGBTphobia and the need for its criminalization in Brazil. Thus, the concept of LGBT is presented and explained, as well as some nomenclatures related to gender identity, sexual orientation and LGBTphobia are clarified. Afterwards, elucidations and analyses are made of the bills on the criminalization of homotransphobia that are under way in the National Congress. In the sequence, and as one of the main topics, it is exposed and explained in a detailed way the voting of the Direct Action of Unconstitutionality nº 26 and the Injunction Warrant nº 4733 in the Federal Supreme Court.

**KEYWORDS:** LGBTphobia. Criminalization. Direct Unconstitutionality Action. Injunction Warrant.

## INTRODUÇÃO

No Brasil, a homossexualidade, bissexualidade, travestilidade e transexualidade, não são tratadas como crime, contudo, as condutas LGBTfóbicas também não ganham uma legislação específica nesse sentido. Há mais de uma década, surgem propostas para criminalizar a LGBTfobia, mas, até o presente momento, não se aprovou uma legislação que assegure direitos às pessoas LGBT's nesse sentido. Diante da omissão legislativa, em maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão determinando que condutas LGBTfóbicas sejam consideradas crime de racismo.

O presente artigo, assim, tem como objetivo analisar a questão da criminalização da LGBTfobia no Brasil. Para tal desiderato, em um primeiro momento, é apresentado e explicado o

---

1 Aluna do quinto ano do curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (CEUB), mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE).

2 Doutoranda e Mestra pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Instituição Toledo de Ensino (ITE). Professora de Direito Civil do Centro Universitário de Bauru (CEUB) e da Faculdade Iteana de Botucatu (FAIB), mantidos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Pós-graduada *Lato Sensu* (Especialização) em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada.

conceito da sigla LGBT, bem como esclarecidas algumas nomenclaturas relacionadas ao tema. Na sequência, são analisados os projetos de lei sobre a criminalização da homotransfobia que se encontram em trâmite no Congresso Nacional.

Por fim, a questão também é perscrutada no Supremo Tribunal Federal, sendo examinados os Mandado de Injunção n. 4733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, que visam a criminalizar todos os atos motivados pelo preconceito e discriminação contra a comunidade LGBT, inclusive, expondo de forma detalhada os votos proferidos.

Trata-se de uma pesquisa teórica e bibliográfica, que utiliza o método dedutivo, feita através da análise de doutrina, trabalhos acadêmicos, artigos de periódicos, jurisprudência, leis e projetos de lei nacionais, cujo acervo é alcançado em meio físico e eletrônico.

## **1 NOMECLATURAS E CONCEITOS ENVOLVIDOS**

Antes de adentrar ao mote, mister analisar alguns conceitos e nomenclaturas que o envolvem, com o fim de esclarecê-los e sanar algumas incongruências. A sigla “LGBT” é utilizada para se referir aos Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Pode-se definir como “*gays*” homens homossexuais que sentem atração, seja sexual, seja sentimental, por outros homens, isto é, homens que se relacionam apenas com homens. Já os “bissexuais” são pessoas que sentem atração física ou praticam atos sexuais com homens e mulheres. O termo “lésbica” é usado para designar mulheres homossexuais que se relacionam apenas com outras mulheres. A mulher lésbica é, portanto, um sujeito do sexo, biologicamente, feminino, com desejo sexual direcionado a uma outra mulher (LIRA; SILVA, 2016).

Já “transexual” refere-se à identidade de gênero, consiste naquela pessoa que nasce biologicamente com um sexo, masculino ou feminino, porém não se identifica, e sente como se pertencesse a outro sexo e estivesse em um corpo errado. Peres (2001, p. 125) ensina que o transexualismo é, portanto, uma das desordens da identidade de gênero: “isso em razão da sua característica principal, que consiste na incongruência entre o sexo atribuído na certidão de nascimento e a identidade psíquica de gênero do indivíduo”.

Dias (2016) ensina que “a falta de coincidência entre o sexo anatômico e o psicológico chama-se transexualidade”. O termo “transexuais”, segundo a autora, designa indivíduos que, via de regra, desde tenra idade, se identificam com o sexo oposto. Vivenciam forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero, entre o seu estado psicológico de gênero e suas características físicas e morfológicas. De um modo geral, buscam todas as formas de adequar-se a seu sexo psicológico.

Travesti também é um termo que se refere à identidade de gênero e uma de suas principais características são as trocas de vestimentas. “Os travestis desempenham os papéis sociais de forma

alternada, pois, ora são homens, ora são mulheres. Desta forma, acabam, algumas vezes, mantendo uma vida dupla” (PERES, 2001, p. 122). Diferente do transexual, o travesti aceita o seu sexo biológico, porém se identifica, e vive, como se fosse do gênero oposto, todavia não implica no desejo de mudar de sexo.

Há, ainda, o intersexual, que é a pessoa que apresenta elementos de ambos os sexos biológicos, incluindo a forma física, órgãos reprodutivos e comportamento sexual (VECCHIATTI, 2019a, p. 163).

Não deve haver confusão entre a identidade de gênero e homossexualidade, pois, a homossexualidade se refere à orientação sexual, onde o indivíduo tem o direito de definir por si só sua própria sexualidade, de acordo com seu sentimento atrativo.

Consiste na capacidade que cada indivíduo tem de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por pessoas de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com esses indivíduos. (DIAS, 2016).

Conforme Rios (2002, p. 95) a orientação sexual de uma pessoa refere-se a “identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade)”.

Portanto, não é apenas uma opção sexual, como muito é utilizado, pois não se trata de escolhas e sim algo referente à personalidade do indivíduo, e o gênero pelo qual sente atração, de forma que o correto é utilizar a nomenclatura “orientação sexual”. Nesse sentido, Dias (2016) leciona:

Descrever a homossexualidade como um simples caso de escolha é ignorar a dor e a confusão por que passam tantos homossexuais quando descobrem sua orientação sexual. Seria absurdo pensar que esses indivíduos escolheram deliberadamente algo que os deixaria expostos à rejeição por parte da família, dos amigos e da sociedade.

Por outro lado, a identidade de gênero consiste na forma como o indivíduo se sente e se apresenta perante a si mesmo e perante a sociedade, dessa forma, é a partir da identidade de gênero que a pessoa desenvolve a sexualidade com a qual se identifica, bem como, comportamentos; tais como forma de se vestir, de falar e agir; comportamentos estes que vão se adequando até o momento que o indivíduo se sinta confortável consigo mesmo. Trata-se do gênero com o qual a pessoa se identifica. “A identidade de gênero corresponde ao sentimento da pessoa quanto ao gênero sexual a que pertence, popularmente chamado de sexo psicológico, no íntimo como a pessoa se sente, homem ou mulher” (FERRAZ; LEITE, 2015, p. 272).

O termo “transgênero” vem sendo utilizado para designar indivíduos que, independente da orientação sexual, ultrapassam as fronteiras do gênero esperado e construído culturalmente para um e para outro sexo, englobando travestis e transexuais neste vocábulo. Entretanto, não existe

consenso sobre o uso da expressão (DIAS, 2016).

A expressão “pessoa trans”, por sua vez, também é utilizada para albergar diferentes identidades: transexual, travesti, intersexo e transgênero. Dias (2016) refere que, por ocasião do Congresso Internacional sobre Identidade de Gênero e Direitos Humanos, realizado em Barcelona, no ano de 2010, foi aprovada a utilização apenas da sigla trans\* ou da letra T\*, ambas com asteriscos, para abranger todas as manifestações da transexualidade.

São crimes de ódio aqueles delitos motivados pelo preconceito ou discriminação em razão da condição da pessoa. Mott (2006, p. 514) diz que o crime contra homossexuais não se trata de crime comum, mas sim crime de ódio, aquele “em que a condição homossexual da vítima foi determinante no *modus operandi* do agressor”. Assim como a orientação sexual, a identidade de gênero também é alvo de muitos crimes de ódio.

Portanto, os crimes de ódio são aqueles que possuem como principal motivo a discriminação/preconceito contra determinadas pessoas, são aqueles em que a agressão, seja física ou psicológica, acontece apenas em razão da condição da pessoa, seja pela sua condição de classe social, de cor, ou, em razão da sua orientação sexual, identidade de gênero, como é o que frequentemente ocorre com o grupo LGBT.

A palavra fobia vem do termo grego *phóbos* e significa medo, um sentimento exagerado de repulsa por algo/alguém. Dentre os sinônimos da palavra estão terror, ódio irracional, pavor, abominação, temor. Levando-se em consideração o sentido mais literal da palavra fobia, pode-se dizer que homofobia é o medo e a repulsa em relação às pessoas homossexuais.

Para Borrillo (2000, p. 22) é possível valer-se de dois aspectos para denominar a homofobia; primeiro, uma dimensão pessoal de natureza afetiva, na qual se manifesta através da rejeição aos homossexuais e, segundo, uma dimensão cultural de natureza cognitiva, pois não se leva em conta o indivíduo homossexual, mas a sim a homossexualidade como fenômeno psicológico e social. Com essa distinção é possível conhecer uma situação habitual na sociedade “a de tolerar ou até mesmo simpatizar com o grupo, entretanto, considerar inaceitável qualquer política de igualdade a seu respeito”.

“A homofobia é uma ação (verbal, física, psicológica) agressiva e desproporcional de desconsideração do outro como pessoa humana em função da orientação sexual não hegemônica” (FERRAZ; LEITE, 2013). A homofobia consiste, portanto, na repulsa por pessoas homossexuais e no preconceito/discriminação disseminado por um grupo de pessoas que se acham superiores devido à sua condição sexual, preconceito esse que se exterioriza de diversas formas, tais como proferindo palavras de baixo calão, piadinhas “inofensivas” e até mesmo praticando violência física.

Importante ressaltar que o termo homofobia pode ser utilizado tanto para se referir a

homens como a mulheres, visto significar o “repúdio”, o “ódio” por pessoas homossexuais, sejam gays ou lésbicas e pouco a pouco o termo “passou a ser usado também em alusão a situações de preconceito, discriminação e violência contra pessoas LGBT” (BORRILLO, 2000, p. 08).

Como já visto anteriormente, a palavra fobia nos remete a medo, ódio, pavor, e para se referir ao preconceito/discriminação relacionado ao grupo de lésbicas criou-se o termo lesbofobia, aos bissexuais, bifobia, e transfobia, que como recita Dias (2016) “é a aversão contra a população trans, quer travestis, quer transexuais”. Todavia, foi criada a nomenclatura LGBTfobia para englobar a discriminação contra todas as expressões (homofobia, lesbofobia, bifobia, transfobia), evitando assim o uso de todos termos (DIAS, 2016).

Pode ser considerado LGBTfobia condutas ofensivas a bens jurídicos penalmente protegidos motivadas pelo preconceito ou pela discriminação contra pessoas que não aderem ao padrão heteronormativo ou cisgênero. Qualquer conduta prevista em lei como crime poderia ser adequada ao conceito de crime homotransfóbico desde que a motivação seja o preconceito ou discriminação de orientação sexual ou de gênero (por exemplo, homicídios, lesões corporais, injúrias, estupro, etc.).

Portanto, qualquer agressão motivada pelo ódio e pela intolerância poderia considerar como um crime homotransfóbico. Historicamente, o Brasil herdou uma cultura de preconceito e discriminação, e na legislação, alterando os artigos 1º e 20º da Lei nº 7.716/89 e acrescentando o parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, a Lei nº 9.459/97 apenas menciona a criminalização da discriminação por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não mencionando a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

O grupo LGBT encontra-se em uma posição de vulnerabilidade, não há legislação específica que criminalize a LGBTfobia, por conseguinte “é do Poder Legislativo a obrigação de resguardar estes direitos a todos os cidadãos, principalmente aos que se encontram em situação de vulnerabilidade, alvos fáceis de atos de discriminação” (DIAS, 2016).

O artigo 5º, inciso XXXIX, da CF/88, diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Porém, o Congresso Nacional encontra-se lotado de integrantes de igrejas fundamentalistas, e que a cada dia só aumenta, estes “compõem o chamado baixo clero, mas alcançam cada vez mais força. Qualquer tentativa de criminalizar a homofobia desencadeia rejeições exacerbadas. Conclusão, nada avança” (DIAS, 2016). A omissão do legislador é enorme e de difícil justificativa.

## **2 DOS PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL**

No presente tópico, o objetivo é analisar os principais projetos de lei que visam a

criminalização da LGBTfobia que estão em tramitação no Congresso Nacional, a fim de demonstrar como o assunto vem sendo tratado pelo Congresso Nacional.

Primeiramente, convém lembrar que, na data de 07/08/2001, a então deputada Iara Bernardi, do PT/SP, apresentou o Projeto de Lei n. 5003/2001 que possuía a seguinte ementa: “determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas” (BRASIL Câmara dos Deputados, 2001). Durante o trâmite na Câmara dos Deputados, foram apensados cinco outros Projetos de Lei: o PL n. 5003/2001, o PL n. 5/2003, PL n. 381/2003, PL n. 3.143/2004, PL n. 3.770/2004 e o PL n. 4.243/2004.

Em 23/11/2006, após alterações, o projeto final foi aprovado pela Câmara dos Deputados seguindo para o Senado, ganhando o nome “PL n. 122/06”. No ano de 2011, após algumas mudanças, o projeto foi arquivado, porém, no ano seguinte, a Senadora Marta Suplicy desarquivou, sugerindo um novo texto. Com a nova redação, o projeto de lei visava alterar a Lei n. 7.716/1989 (chamada de “Lei do Racismo”), o Código Penal e a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) para definir crimes resultantes de discriminação ou preconceito de sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero. Apesar de ter sido aprovado na Câmara dos Deputados, e do longo percurso percorrido, atualmente, o PL n. 122/06 se encontra definitivamente arquivado.

## **2.1 Projeto de Lei n. 7582/2014**

Na data de 20/05/2014, a deputada federal Maria do Rosário (PT/RS) apresentou o Projeto de Lei n. 7582/2014, objetivando tipificar os crimes de ódio/intolerância, bem como criar recursos para coibi-los; possuindo como fundamento a dignidade da pessoa humana e o *caput* do artigo 5º da CF/88. O projeto possui a seguinte ementa: “define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e *caput* do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências” (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2014).

A deputada justificou o projeto aduzindo que o Estado se fortalece ao enfrentar as diversas formas de discriminação de grupos vulneráveis e as lacunas nas leis não devem ser admitidas, pois ignoram a necessidade de proteção de pessoas que sofrem continuamente com o preconceito e a discriminação, que não possuem seus direitos respeitados. Esclarece ainda que a proposta também pretende acolher os grupos não inclusos na Lei do Racismo e que permanecem sem proteção. Finalizou da seguinte forma:

Em razão da violência vivida cotidianamente por esses segmentos da população, faz-se necessário uma ação contundente do Poder Legislativo visando coibir a violência física, psicológica e as expressões de preconceito e discriminação. Neste sentido, o presente projeto de lei objetiva garantir uma proteção efetiva externando de forma evidente para a sociedade de que o Estado brasileiro não será conivente com a violação de direitos humanos de nenhuma pessoa. A dignidade da pessoa humana é valor regente de nosso Estado

Democrático e sua preservação é uma obrigação compartilhada por todo o Poder Público e por toda a sociedade. (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2014).

No ano de 2017, designado relator, o deputado federal Paulo Pimenta integrante da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, emitiu um parecer favorável à aprovação integral do projeto e explicou as consequências da lacuna legislativa utilizando o exemplo do “caso Dandara”, ocorrido no ano de 2017, quando uma travesti foi brutalmente assassinada e teve tudo filmado por um dos cinco homens que participaram do crime.

Os incisos V e VI do artigo 2º do PL definem orientação sexual como “a atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero”, e a identidade de gênero como a “percepção de si próprio que cada pessoa tem em relação ao seu gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo” (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2014).

Na data de 05/06/2019 o relator Carlos Vera da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) apresentou seu parecer pela aprovação, apresentando um texto substitutivo:

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar a conduta de discriminação ou restrição de direito, criar causa de aumento de pena do crime de lesão corporal, tornar qualificados os crimes de injúria e homicídio quando praticados em razão de ser a vítima lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual, intersexo e demais pessoas trans, e criar causa de exclusão do crime de injúria.

Art. 2º Os arts. 121, 129, 140 e 145 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 121[...]

§ 2º [...]

VIII – em razão de ser a vítima lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual, intersexo e demais pessoas trans: [...] (NR)

Art. 129 [...]

§ 12. A pena é aumentada de um a dois terços se a lesão for praticada:

I - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força 6 Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - em razão de ser a vítima lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual, intersexo e demais pessoas trans. (NR)

Art. 140 [...]

§ 3º Se a injúria:

I - consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou com deficiência; II - for praticada em razão de ser a vítima lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual, intersexo e demais pessoas trans: [...]

§ 4º No caso do inciso II do § 3º deste artigo, não constitui injúria punível a manifestação de crença em locais de culto religioso, salvo quando houver incitação à violência. (NR)

Art. 145. Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal, e na hipótese do inciso II do § 3º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do inciso I do § 3o do art. 140 deste Código. (NR)

Art. 3º O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 146-A: “Discriminação ou restrição de direito

Art. 146-A. Discriminar, impedir o exercício ou interferir negativamente no exercício regular de direito em razão de ser a vítima 7 lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual,

intersexo e demais pessoas trans:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem induzir ou incitar a discriminação contra vítima lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual, intersexo e demais pessoas trans.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O parecer, na forma do texto substitutivo, foi aprovado, com 03 votos contra. Em 13/06/2019, o Deputado Helder Salomão apresentou requerimento para apensar o PL 3453/19 ao PL 7582/14, pelo fato daquele, de autoria do Deputado Sóstenes Cavalcante, agravar o homicídio e lesão corporal em razão da transexualidade e/ou sexual e identidade de gênero, e o texto substitutivo do PL 7582/14 aprovado já prevê tais agravantes. No dia seguinte o Deputado Eli Borges, por motivos de economia processual, solicitou o apensamento das proposições que tratem sobre a homofobia, elencando os PL's n.º 2.057/2019; 7.582/2014; 2.138/2015; 8.540/2017; e 3.453/2019.

## **2.2 Projeto de Lei n. 134/18**

O anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero (PLS n. 134/2018) foi elaborado com a participação de mais de 100 comissões da diversidade sexual das Seccionais e Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e também foram ouvidos movimentos sociais em audiências públicas realizadas. No ano de 2011, foi entregue ao Presidente do Conselho Federal da OAB e recebeu parecer favorável do conselheiro e também relator Carlos Roberto Siqueira Castro. Na data de 17 de maio de 2012, foi lançada uma campanha Nacional com o objetivo de conseguirem 1.500.000 assinaturas públicas para que o projeto fosse levado à Câmara dos Deputados, para isso foi realizado eventos e coletas de assinaturas Brasil a fora durante todas as comemorações do Dia do Orgulho *Gay* (DIAS, 2017).

Tendo em vista que durante todo esse tempo o legislador continuou omissos e, quando houve propostas no sentido de reconhecer direitos LGBT's ou criminalizar a homofobia não aprovaram, “apresentar o projeto por iniciativa popular é a forma de a sociedade reivindicar tratamento igualitário a todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero” (DIAS, 2017). O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero explica o conteúdo:

[...] além dos princípios traz normas de natureza civil e penal, que asseguram uma série de prerrogativas e direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexuais. Do mesmo modo impõe o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas e criminaliza a homofobia, além de apontar políticas públicas de inclusão.

Assim, a sugestão de projeto foi apresentada à presidente da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) em novembro de 2017. Foram entregues 100 mil assinaturas, colhidas ao longo de seis anos, em apoio ao projeto, que tem o objetivo de promover a

igualdade sexual e coibir crimes contra homossexuais, transexuais e intersexuais (ORDEM..., 2017).

Durante reunião ordinária, o Estatuto teve seu relatório aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e, em 26 de março de 2018, no Plenário do Senado Federal, a sugestão foi transformada no Projeto de Lei do Senado 134/2018. Atualmente, encontra-se na Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC).

### 2.3 Projeto de Lei n. 672/19

Na data de 12/02/2019, o senador Weverton Rocha (PDT/MA) apresentou no Senado Federal o Projeto de Lei n. 672/19 (intitulado “Lei Dandara”) que tem como objetivo a inclusão dos crimes de discriminação ou preconceito em relação a orientação sexual e/ou identidade de gênero na Lei n. 7.716/89, conhecida como Lei de Racismo.

[...] o projeto ora apresentado representa aprimoramento e avanço legislativo, ao ampliar o alcance da Lei no 7.716, de 1989, e valorizar a dignidade humana, contemplando a todos de maneira equânime, independentemente de origem, cor, etnia, religião, sexo, orientação sexual e/ou identidade de gênero, embasando sua regulamentação na disposição do inciso XLI do artigo 5º da Carta Magna, que prevê punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, Senado Federal, 2019).

O senador Alessandro Vieira da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, designado relator, em 11/04/2019, proferiu seu voto pela aprovação da matéria, apresentando uma emenda, a qual foi aprovada em reunião ordinária realizada em 22/05/2019.

Art. 1º A ementa da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

Define os crimes resultantes de intolerância, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero e estabelece punições para a prática desses crimes.

Art. 2º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de intolerância, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. (NR)

Art. 3º [...]

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de intolerância, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, obstar a promoção funcional. (NR)

Art. 4º [...]

SF/19447.44290-10

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de intolerância, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero: [...] (NR)

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos comerciais ou locais abertos ao público: [...]

Parágrafo único. Incide na mesma pena quem impedir ou

restringir a manifestação razoável de afetividade de qualquer pessoa em local público ou privado aberto ao público. (NR)  
Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a intolerância, discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero: [...] (NR)  
Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

O senador Marcos Rogério (DEM/RO) apresentou a seguinte emenda:

Dê-se ao art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, de que trata o art. 2º do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 672, de 2019, a seguinte redação:  
Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a intolerância, discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:  
§ 5º Não constitui crime a manifestação de opinião de qualquer natureza e por quaisquer meios sobre questões relacionadas a orientação sexual ou identidade de gênero, sendo garantida a liberdade de consciência e de crença, de convicção filosófica ou política e as expressões intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação.

Para ele, o *caput* do art. 20 encontra-se muito amplo, fazendo-se necessário a emenda para trazer clareza ao texto. A Juíza Selma (PSL/MT) apresentou a terceira emenda objetivando a retirada da nova redação do art. 8 do PL para que permaneça a redação da legislação originalmente apresentada.

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos comerciais ou locais abertos ao público: [...]  
Parágrafo único. Incide na mesma pena quem impedir ou restringir a manifestação razoável de afetividade de qualquer pessoa em local público ou privado aberto ao público, ressalvados os templos religiosos.

A senadora aduz que o termo “manifestação razoável de afetividade” não esclarece quais delitos serão punidos, não sendo possível identificar qual conduta sofrerá sanção.

Em seguida a senadora Daniella Ribeiro (PP/PB) apresentou a quarta emenda.

Inclua-se o seguinte parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, bem como o §5º ao art. 20 da mesma lei, alterada pelo art. 2º do substitutivo ao Projeto de Lei nº 672, de 2019:  
Art. 2º [...]  
Art. 1º [...]  
Parágrafo único. O disposto nesta lei não se aplica às condutas praticadas no exercício da liberdade de consciência e de crença, incluindo-se, nesses, o discurso religioso e moral, em público ou em privado, presencial, televisivo, telemático ou por radiodifusão, discordante com o comportamento social de determinada orientação sexual ou identidade de gênero.  
Art. 20 [...]  
§5º O disposto nesse artigo não se aplica aos locais de culto, instituições privadas de ensino confessionais, seminários de formação religiosa, e qualquer outro local sob Administração de natureza religiosa quando se manifestarem sobre questões relacionadas a orientação sexual ou identidade de gênero.

A senadora explica que o objetivo da emenda apresentada é proteger a liberdade de consciência e de crença. Já o senador Esperidião Amin (PP/SC) apresentou a quinta emenda ao PL:

Incluem-se os seguintes parágrafos nos arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, alterada pelo art. 2º do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 672, de 2019:  
Art. 1º [...]  
Parágrafo único. O disposto nesta lei não se aplica às condutas praticadas no exercício da liberdade de consciência e de crença, incluindo-se, nesses, o discurso religioso e moral, em

público ou em privado, presencial, televisivo, telemático ou por radiodifusão, discordante com o comportamento social de determinada orientação sexual.

Art. 20 [...]

§ 5º O disposto nesse artigo não se aplica aos locais de culto, instituições privadas de ensino confessionais, seminários de formação religiosa, e qualquer outro local sob Administração de natureza religiosa quando se manifestarem sobre questões relacionadas à orientação sexual.

A proposta é quase igual a apresentada pela senadora Daniella Ribeiro, todavia nesta, há a supressão do termo “identidade de gênero”, devido a “polêmica inerente à expressão e a falta de consenso técnico-científico”. A emenda de nº 06 foi proposta também pelo Senador Esperidião Amin, objetivando a retirada das expressões “identidade do gênero” e ou “identidade de gênero” da ementa e da emenda 01 substitutiva do texto original. No presente momento, encontra-se na CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania).

### **3 O JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 4733 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 26 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

No mês de maio de 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), através de seu patrono, Paulo Iotti Vecchiatti, protocolou o Mandado de Injunção Coletivo n. 4733 contra o Congresso Nacional visando à criminalização específica de “todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima” (BRASIL, 2012).

O Mandado de Injunção Coletivo n. 4733 postula:

- i) o reconhecimento de que “a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo” ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”;
- ii) a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, de mora inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, “especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de 'praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação' por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa”.

No ano de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO n. 26) contra o Congresso Nacional com o seguinte objetivo:

Obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima com base na ordem constitucional de criminalizar (mandado de criminalização) relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na aceção de

proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88). (BRASIL, 2013).

A ADO aduz que a homofobia e transfobia constituem espécies do gênero racismo, porquanto este se refere a toda “ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro”, e a LGBTfobia refere-se a interiorização dos LGBT“s em relação aos heterossexuais cisgêneros, ou seja, aqueles que se identificam com seu próprio sexo. Portanto, requereu-se que a homofobia e transfobia fossem reconhecidas como espécies do crime racismo. Suplementarmente, pleiteou-se o reconhecimento da homofobia e transfobia como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88” (BRASIL, 2013).

Também se pleiteou, na forma do art. 103, §2º, da Constituição Federal, que fosse “declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia”, determinando que ele aprove lei que criminalize especificamente a LGBTfobia e cumulativamente, “seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora” da LGBTfobia” (BRASIL, 2013).

Sugeriu-se o prazo:

Sugerindo-se aqui o prazo de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos, donde tem o dever de chegar a uma conclusão sobre a forma de efetivar tal criminalização específica, respeitando-se a compreensão da homofobia e da transfobia como racismo ou, subsidiariamente, como discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta ação. (BRASIL, 2013).

Se não fixado prazo pelo Supremo Tribunal Federal, ou se transcorresse sem a efetiva criação da legislação específica, requereu-se a efetiva tipificação da homofobia e a transfobia como crimes específicos por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) “por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento da ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia” através da inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia na Lei n. 7.716/89 (Lei do Racismo) ou em outra lei que a substitua, ou, subsidiariamente, a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia da forma que o STF entender mais adequada.

Por fim, foi requerida a fixação da responsabilidade civil do Estado para indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia, “inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia” diante da responsabilidade objetiva do Estado, conforme art. 37, §6º, da CF/88 (BRASIL, 2013).

Na data de 13 de fevereiro de 2019, fora iniciado o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e do Mandado de Injunção n. 4733. Durante sustentação

oral, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, advogado do PPS e da ABGLBT, respectivos autores das ações, explicou a importância das ações, e reiterou os seus pedidos descritos na exordial. Aduziu que o objetivo é criminalizar para proteger a população LGBT(I) em seus direitos fundamentais. Sobre a liberdade religiosa, disse que ninguém quer a condenação de padres e pastores por falarem que a homossexualidade é pecado, mas sim, combater o discurso de ódio. Reforçou que o crime de homofobia e transfobia configuram crime de racismo, tendo em vista o seu conceito entendido pelo STF, e, se não entendido como crime de racismo, que reconheça como discriminação atentória a direitos e liberdades fundamentais, declarando a mora inconstitucional do Congresso Nacional.

O advogado-Geral da União, André Luiz de Almeida Mendonça, assegurou não haver omissão por inconstitucionalidade por parte do Congresso Nacional e que “ainda que em tese a criminalização possa ser considerada legítima, ela não é obrigatória”. Disse que deve respeitar-se a independência e harmonia dos poderes, e cabe exclusivamente ao Congresso Nacional legislar sobre determinada matéria, pedindo que seja preservada a independência do Congresso para decidir em criminalizar ou não a homofobia e transfobia.

Fernando Cesar de Souza Cunha, advogado-geral do Senado, aduz que não há que se falar em omissão e que a Constituição Federal não confere ao Poder Judiciário a competência para fixar novos delitos, criar lei ou aprimorar as existentes, mas sim ao Poder Legislativo.

O advogado Thiago Gomes Viana, falando em nome do GGB (Grupo Gay da Bahia), trouxe dados de violência contra o grupo LGBT, disse que todo e qualquer projeto que tramite no Congresso visando à proteção LGBT é barrado. Expôs que há uma omissão do Congresso que chega a ser criminosa e pediu para que as ações sejam julgadas procedentes.

Falando pelo Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual (GADVS), Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia, aduziu ter uma proteção deficiente por parte do Estado, e solicitou o reconhecimento da omissão do Congresso, pois as vidas e integridade física e moral dos LGBT“s dependem disso.

Luciano Mariz Maia, vice Procurador Geral da República, começou sua sustentação questionando “como é possível que algo entre pessoas com amor gerem tantos desamores? Como é que algo decorrente de afetos, produza tantos desafetos?”. Questionou acerca dos números de mortes LGBT“s por ano, “quanto será necessário que tenhamos as mortes para entender que já morreram gente demais?”; e aduziu ser possível superar o preconceito e encontrar uma solução pacífica das controvérsias.

Além destes, falaram o advogado Luigi Mateus Braga, pela Associação Nacional e Juristas Evangélicos (Anajure); os advogados Walter de Paula e Silva e Cícero Gomes Laje pela Frente

Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida; Ananda Hadah Rodrigues Puchta, em nome do Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Maria Eduarda Aguiar da Silva, em nome da Associação Nacional de Travestis e Transexuais; e pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), falou Rodrigo da Cunha Pereira.

O julgamento foi suspenso e retomado no dia seguinte, 14 de fevereiro de 2019. Reiniciado nesta data, e finalizando em 20 de fevereiro de 2019, após ser suspenso, o Ministro Celso de Mello apresentou seu extenso voto. O decano, visando demonstrar a violência contra os LGBT"s, transcreveu algumas notícias que a imprensa divulgou acerca da violência ao grupo LGBT. Disse que as práticas homofóbicas e transfóbicas se incluem no conceito de racismo. Aduziu que os atos de preconceito e discriminação em face dos LGBT"s não podem ser tolerados, devem ser reprimidos e neutralizados; que regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância ou comportamento de ódio, pois, é necessário que o Brasil avance significativamente contra a discriminação e contra o tratamento excludente que tem marginalizado grupos como os LGBT"s.

Assegurou que cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer à dignidade das pessoas, reconhecendo que, "acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática" sempre deverão prevalecer os princípios que exaltam a superioridade dos direitos humanos, dos quais, a "integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República." Justificou que aceitar proposição diferente, seria "tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional", aos grupos que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade, como é o caso do grupo LGBT. Concluiu expondo seu voto:

[...] Conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:

- a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;
- b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
- c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, "caput", da Lei nº 9.868/99;
- d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo

social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

Suspenso novamente o julgamento, foi retomado dia 21 de fevereiro de 2019, onde o Ministro Luiz Edson Fachin, apresentou seu voto, também pela aprovação do Mandado de Injunção n. 4733, vejamos:

[...] julgo procedente o presente mandado de injunção, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

O ministro expôs que há um mandado constitucional de criminalização, visto o mandado de injunção ser uma garantia para a efetividade do direito, e há mora legislativa por parte do Congresso em regulamentar o tema. Esclareceu que, ainda que o tema envolva matéria penal, não se pode alegar que o MI deveria se limitar apenas ao reconhecimento da mora. Aduziu ainda que há uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça, pois “a omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade”. Explanou ainda:

Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime. Afirmar que uma República que tem por objetivo “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” tolera alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, ao tempo em que protege outros, é uma leitura incompatível com o Texto Constitucional. Nada na Constituição autoriza a tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. Toda pessoa tem o direito de viver em uma sociedade sem preconceitos. Toda pessoa deve ser protegida contra qualquer ato que atinja sua dignidade.

O Ministro Alexandre de Moraes votou também pela procedência da ação, reconhecendo a omissão do Congresso em editar legislação que proteja os LGBT“s

Passados 30 anos da Constituição Federal, todas as determinações constitucionais específicas para proteção de grupos considerados vulneráveis foram regulamentadas com a criação de tipos penais específicos. No entanto, apesar de dezenas de projetos de lei, só a discriminação homofóbica e transfóbica permanece sem nenhum tipo de aprovação. O único caso em que o próprio Congresso não seguiu o seu padrão.

Explicou que a Constituição assegura uma sociedade livre, justa, sem qualquer preconceito, dessa forma não aparece ser possível a legislação discriminar ou excluir, sendo que a Constituição não excluiu. Além do mais, votou em reconhecer a discriminação em razão da orientação sexual ou

identidade de gênero como crime de racismo, visto o entendimento do Supremo sobre racismo, como sendo toda ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de determinados grupos. Sobre a fixação de prazo para o Congresso criar uma lei para criminalizar a homofobia e transfobia, o ministro defendeu que o STF não deve avançar na fixação de prazo, pois “se esgota o exercício da função da jurisdição constitucional com a cientificação do Congresso Nacional”.

Da mesma forma, seguindo os votos dos outros ministros, o Ministro Luís Roberto Barroso também reconheceu a omissão do Congresso. Explicou que se o Congresso atuou sobre determinada matéria, sua vontade deve prevalecer, se não atuou e havia um mandamento constitucional para que atuasse, é legítimo que o Supremo aja para fazer valer o que está na Constituição. Elucidou ainda que a homofobia é atentatória aos direitos e à liberdade fundamental e que a punição deve ser de natureza criminal pela relevância do bem jurídico, pela sistematicidade da violação a este direito e que outras discriminações são punidas, inclusive a de caráter religioso, e que não punir como faz com as outras, seria hierarquizar o sofrimento, as violações de direitos fundamentais.

Dessa forma, disse o ministro, que é necessária a criminalização para uma sistematização harmônica do sistema. Aduziu que a punição administrativa não é suficiente, visto que diversos estados preveem e isso não tem coibido as violências homofóbicas. Assentou que considera a omissão constitucional por não criminalizar a homofobia, por ser forma de discriminação e forma de racismo, conforme entendimento do termo racismo cunhado pelo STF. Acolheu o pedido para interpretar o Código Penal para considerar que se a motivação do crime foi em razão da identidade de gênero ou orientação sexual da pessoa, ficando caracterizado motivo fútil ou torpe, ou seja, constitui circunstância agravante e qualificadora.

No mesmo sentido foram os votos dos Ministros Rosa Weber e Luiz Fux proferidos em 23/05/2019. Na data de 13/06/19 o julgamento foi novamente retomado onde votaram os outros 05 Ministros.

A Ministra Carmem Lúcia iniciou a sessão proferindo seu voto, acompanhando os demais votos a favor da procedência dos pedidos para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e para aplicar os efeitos da lei de Racismo até que o Congresso legisle sobre o assunto. Seu voto foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Ricardo Lewandowski proferiu seu voto reconhecendo a mora legislativa para dar ciência ao Congresso Nacional para que ele aprove legislação específica sobre a criminalização da LGBTfobia, todavia não reconheceu o enquadramento na lei de racismo.

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal,

pode criminalizar uma conduta.

Explicou ainda que estender a aplicação penal da norma para outras situações não tipificadas parece “atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos”.

Quanto ao Mandado de Injunção, o Ministro Marco Aurélio disse ser inadequado o uso para tal fim, e em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade não reconheceu a omissão do Congresso Nacional. Em relação ao enquadramento na lei de racismo, aduziu não ser possível em razão da taxatividade dos delitos previsto nela.

Por fim, o presidente do STF, Ministro Dias Toffoli expôs seu voto, acompanhando o Ministro Ricardo Lewandowski no sentido de dar parcial procedência aos pedidos, aduzindo que apesar da divergência de votos, todos repudiam a LGBTfobia.

Com isso, foram 08 votos favoráveis para declarar a mora inconstitucional do Congresso e aplicar os efeitos da lei de racismo até que sobrevenha legislação específica sobre todas as formas de discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

Por fim, relevante ressaltar que o direito à livre orientação sexual e ao reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero está implícito na Constituição Federal de 1988.

Segundo Fachin (2014, p. 50), a fundamentação encontra eco na Constituição Federal brasileira, sobretudo, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e dos direitos fundamentais.

Ao analisarmos o direito à liberdade e indagarmos se ele abrange o direito à livre orientação sexual, devemos interpretá-lo à luz da dignidade da pessoa humana. Ora, proibir as pessoas de se relacionarem livremente é com certeza uma grande violação de direitos individuais. Seria o estado se imiscuindo em questões personalíssimas, como a intimidade e a personalidade. Além disso, padronizar uma única parcela de relacionamento marginalizaria uma parcela da população, sujeitando-o à discriminação e outras formas de violação da dignidade. (SPONCHIADO, 2015).

Em novembro de 2006, vinte e nove especialistas de vinte e cinco países, incluindo o Brasil, reunidos na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, elaboraram os chamados “Princípios de Yogyakarta” sobre a “Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero” (DIAS, 2016).

Os chamados “Princípios de Yogyakarta” são princípios de direitos humanos vinculantes, a serem cumpridos por todos os Estados. Dentre estes, sobressai o nº 2., que trata do direito à igualdade e à não discriminação dizendo que os Estados deverão tomar as medidas adequadas para assegurar o desenvolvimento das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, para garantir que esses grupos ou indivíduos desfrutem ou exerçam igualmente seus direitos humanos.

No âmbito internacional, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), da qual o Brasil é um dos estados membros, por meio da Resolução 2.435/2008, aprovou a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, a qual reafirma os princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito aos atos de violência contra indivíduos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero (DIAS, 2016).

No ano de 2011, a Organização das Nações Unidas (ONU) declarou que os direitos LGBTI são direitos humanos. Apesar de a Constituição Federal não proibir a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero expressamente, firmou a Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 2013 (DIAS, 2016).

Logo, o Estado brasileiro deve garantir ao sujeito sua identidade, sua liberdade de expressar-se como é, clamando a si a proteção contra qualquer discriminação, violação da intimidade, ou limitação da liberdade em todas as suas formas: de expressão, de locomoção, e de exercício da própria identidade (SANCHES, 2017).

O Poder Legislativo não faz esforços para a construção de uma dogmática-penal que possa

dominar o espaço da orientação sexual e identidade de gênero de forma a estabelecer a proteção penal, pelo contrário, demonstra ser extremamente conservador e se mantém omissivo. O fato é que “o conservadorismo preconceituoso acaba por inibir o legislador, que se nega a aprovar leis sobre temas que fogem dos padrões sexistas dominantes, o que fomenta a discriminação e dá ensejo a enormes injustiças” (DIAS, 2016). É evidente a carência da população LGBT por uma lei específica:

No entanto, como todos os segmentos vulneráveis, também merece regras protetivas diferenciadas. A inobservância dos direitos dessa parcela da sociedade e a negativa em criminalizar a homofobia só aumenta a incitação ao ódio, fruto de um fundamentalismo perverso que vem tomando conta da sociedade, dos meios de comunicação e das casas legislativas. Os inúmeros projetos de leis já apresentados, todos estão parados na Câmara Federal. Apesar do número significativo de projetos leis que já foram apresentados, não se pode dizer que algum deles esteja de fato “tramitando”. Todos, no entanto, dispõem de limitada abrangência. Ou seja, a população LGBTI ainda carece de uma legislação adequada. (DIAS, 2016).

Sarmiento (2018, p. 33) asseverou que o estado tem o papel de atuar de forma ativa para combater a discriminação e preconceito e impedir que práticas sociais e ações particulares que violem a dignidade de integrantes de grupos vulneráveis e humilhados como os LGBT's.

Em suma, o Congresso Nacional Brasileiro precisa se assumir: se defensor dos direitos humanos da população LGBT e, portanto, a favor de sua necessária proteção penal em igualdade de condições relativamente aos demais grupos vulneráveis especificamente protegidos pela lei penal vigente, ou então (assumir-se) como homofóbico e transfóbico – sujeitando-se a sanções internacionais ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (VECCHIATTI, 2016).

Como bem enfatiza Vecchiatti (2019b, p. 446-450) a criminalização da homotransfobia configura-se como decorrente da concretização dos deveres de proteção eficiente do Estado às minorias sexuais e de gênero, caracterizada a proteção insuficiente do Estado a pessoas LGBTI e considerada a ineficácia dos demais ramos do Direito de resolver a situação até hoje. Ademais, crimes de ódio merecem tratamento mais severo do que os demais não motivados pelo ódio.

Descabida, ainda, a resistência do enquadramento da LGBTfobia como crime de racismo, até porque no famoso “caso Ellwanger” (HC 82.424/RS), o STF adotou o conceito de “racismo social”, como bem destaca Vecchiatti (2019b, p. 451-467), ou seja, o racismo como toda ideologia que prega a inferioridade de um grupo social relativamente a outro, conceito esse limitado a opressões/discriminações estruturais, sistemáticas, institucionais e históricas, para que não seja qualquer crime configurado como racismo, “[...] requisitos estes nos quais a homofobia e transfobia claramente se enquadram”. Fato é que o Legislativo há muito tempo poderia ter aprovado uma lei para criminalizar a LGBTfobia. Resta clara a omissão inconstitucional do legislativo e o acerto da decisão do Supremo Tribunal Federal.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, restou demonstrado que o tema em questão é de abundante importância a ser discutido na sociedade, tendo em vista o fato de que a LGBTfobia, por incrível que pareça, ainda ser um termo com significado desconhecido por parte da população.

As piadas contra o homossexual, o motejo, a avacalhação, os xingamentos, aparentemente “inofensivos”, que diariamente dezenas/centenas de pessoas fazem, também constituem a LGBTfobia, colaborando com um ambiente de discriminação, preconceito e violência.

Não há respaldo no ordenamento jurídico que garanta a segurança para esse grupo minoritário, tampouco, lei que criminalize os praticantes de delitos contra o grupo LGBT, especificamente. Tais agressões não possuem outro motivo, senão o fato de serem quem são, de viverem da forma que se sentem bem.

Os LGBT“s suplicam por uma proteção e, ao contrário do que muitos alegam, não se trata de privilégios, a questão é a igualdade: não ser tratado como uma aberração, como alguém que não é digno de direito. Trata-se de um ser humano, igual a todos os outros, sejam negros, brancos, evangélicos, pobres, etc. Neste ponto, vale a pena ressaltar que os preconceitos/discriminações por motivo de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional são punidos, conforme previsto na Lei n. 7716/89. Ora, qual o sentido de abranger determinados grupos vulneráveis, visando assegurar seus direitos, e não abarcar o grupo LGBT? Não tem explicação.

O ponto em questão vai muito além, a sociedade brasileira está repleta de pessoas intolerantes, as quais elegem outras pessoas intolerantes para ocuparem altos cargos, como cargos na Câmara dos Deputados, Senado Federal, e até na Presidência da República. E o resultado? Não tem avanço, não tem direito reconhecido, não tem direito assegurado.

Muitos utilizam “Deus” para justificar seu preconceito e sua discriminação, e até para barrar um projeto de lei que criminalize os crimes contra LGBT“s, utilizam a liberdade religiosa como argumento. A liberdade religiosa é direito da sociedade, sem nenhuma dúvida, assim como a livre orientação sexual e a identidade de gênero. Todavia, a liberdade religiosa não pode ser usada para discriminar, incitar o ódio ao próximo.

O foco principal do presente artigo foi o estudo da criminalização da LGBTfobia e, no decorrer do trabalho, foram abordados vários projetos de lei, desde a sua proposição até o trâmite atual, e o que se pode observar é a clara necessidade, a importância da aprovação legislativa. Entretanto, tais projetos parecem nunca prosperar, pois sempre encontram óbices e acabam sendo suspensos ou arquivados.

Com tudo isso, com o grupo LGBT praticamente tendo que implorar por um mínimo de direito, resta um sentimento de indignação e indiferença em relação ao Estado e à sociedade como

um todo. Contudo, assim como os negros e as mulheres lutaram para terem seus direitos reconhecidos, os LGBT“s também lutaram e continuarão lutando, até o ponto em que o Brasil se torne realmente um país livre, justo, igual, e promova o bem, sem quaisquer tipos de preconceito/discriminação, assegurando à população LGBT seus direitos, criminalizando as práticas LGBTfóbicas.

Pelo exposto, parece adequado, dentro do ponto de vista constitucional, criminalizar as condutas LGBTfóbicas. O Código Penal mostra-se insuficiente para coibir a homotransfobia. Assim, diante dos efeitos benéficos da Lei Antirracismo, esta deve ser aplicada para o enfrentamento da questão, não como “equiparação”, não como “analogia”, mas reconhecimento como racismo, por absoluta identidade conceitual, como inferiorização de um grupo social relativamente a outro, em um sistema de relações de poder.

Com a votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade 26 e Mandando de Injunção 4733 no Supremo Tribunal Federal, até que o Congresso crie um tipo penal específico visando criminalizar LGBTfobia, será aplicado os efeitos da lei de Racismo, constituindo-se assim um avanço.

A dignidade da pessoa humana deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos LGBTs à marginalização e a serem vítimas de violência. Assim, deve-se conferir às pessoas LGBT“s o direito constitucional à dignidade, à igualdade, à saúde, à identidade ou expressão de gênero e de orientação sexual, sem discriminações.

Apesar da extrema importância do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e MI 4733, o ideal é que fosse aprovada a mudança legislativa, garantindo a criminalização, mas também a visibilidade necessária, inclusive para implementação de mais políticas públicas, em especial políticas de saúde, educação, trabalho, como instrumentos para promoção da igualdade e combate à discriminação.

Por fim, vale a pena destacar que ninguém nasce preconceituoso, as pessoas se tornam preconceituosas. Dessa forma, cabe a toda sociedade a conscientização de que, ao invés de ensinar aos filhos que ser *gay* é feio, é errado, ensinar que o *gay* é um ser humano e, como qualquer outro ser humano, merece respeito. Sem dúvida, haverá mais tolerância e menos pessoas preconceituosas, conseqüentemente, menos violência, agressões e mortes.

## REFERÊNCIAS

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**. História e crítica de um preconceito. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 122, de 12 de dezembro de 2006**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 10 maio 2012. Pesquisa de processos do Supremo Tribunal Federal, maio 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 dez. 2013. Pesquisa de processos do Supremo Tribunal Federal, dezembro. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 7582**, de 20 de maio de 2014. Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Sugestão Legislativa n. 61, de 23 de novembro de 2017**. Estatuto da diversidade sexual. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131698>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 134**, de 21 de março de 2018. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 672**, de 12 de fevereiro de 2019. Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135191>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno - Iniciado julgamento sobre criminalização da homofobia. **Youtube**, Brasília, 14 fev 2019. Disponível em <[https://www.youtube.com/watch?v=EmDZ\\_-lueJs](https://www.youtube.com/watch?v=EmDZ_-lueJs)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno - Decano inicia voto sobre omissão do Congresso Nacional em criminalizar homofobia (1/2). **Youtube**, Brasília, 15 fev 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-OnSL03Leq8&t=1107s>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2016. *E-book*.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 1, jul/set 2014, p. 36-60, ISSN 2358-6974. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/130/126>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

LIRA, Glaycianny Pires Alves; SILVA, Philippi Rios. A Mulher Lésbica e a Psicanálise: Constituição, Identificação e Gozo. In: **XII Colóquio Nacional Representações de Gênero e Sexualidade**, Vale do Campina Grande - PB, 2016. Disponível em <[http://www.editorarealize.com.br/revistas/conages/trabalhos/TRABALHO\\_EV053\\_M D1\\_SA1\\_ID3\\_19042016133601.pdf](http://www.editorarealize.com.br/revistas/conages/trabalhos/TRABALHO_EV053_M D1_SA1_ID3_19042016133601.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

MOTT, Luis Roberto de Barros. Homo-Afetividade e direitos humanos. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 14(2): 248, maio-agosto/2006 . Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2944/1/a11v14n2.pdf>>. Acesso em: 27 Fev. 2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Anteprojeto Estatuto da diversidade sexual e de gênero. **Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero do Conselho Federal Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, 2017. Disponível em: <[http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/arquivos/\\_2b33b4dde4d3c3895348cd722a1df065.pdf](http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/arquivos/_2b33b4dde4d3c3895348cd722a1df065.pdf)>. Acesso em: 18 fev. 2019.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e da discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCHES, Patricia Corrêa. Mudança de nome e identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel. A Constitucionalidade das resoluções do Conselho Federal de Psicologia que vedam a patologização de pessoas por conta de sua orientação sexual, expressão ou identidade de gênero: aspectos constitucionais e processuais. **Consultor Jurídico**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-daniel-sarmiento-cura-gay1.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SPONCHIADO, Viviane Boacnin Yoneda. O direito a livre orientação sexual como decorrente do direito fundamental à liberdade. **Revista de artigos do 1º Simpósio: Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, Univem, Marília, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em

<<http://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1181> >. Acesso em: 27 fev. 2019.

SUPLICY, Marta. Marta Suplicy defende criminalização da homofobia no Senado. **Youtube**, Brasília: 14 dez 2011. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=J\\_hTo98\\_OHc](https://www.youtube.com/watch?v=J_hTo98_OHc)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Fundamentos em prol da criminalização da homofobia e da transfobia. **Jota**, 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-07072016>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. 3. ed. Bauru: Spessotto, 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**. Bauru: Spessotto, 2019.

# **A MÍDIA MISOGINA E O CASO NEYMAR: A DIFICULDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SEXUAL NO BRASIL**

Keyt Cristina TRINDADE<sup>1</sup>  
Vanessa de Souza OLIVEIRA<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo tem como principal finalidade, a reflexão sobre a dificuldade em se aplicar a Lei nº11.340/2006 (popularmente chamada de Lei Maria da Penha), bem como demonstrar a importância que esse estudo tem revelado na reunião de elementos que, oportunamente, irão fundamentar o papel da sociedade, no consentimento da violência contra a mulher influenciada pela Misoginia, propagada principalmente, pela mídia. Tal análise busca adequar a atuação dos indivíduos na forma como encaram a violência contra a mulher e subsidiariamente a violência doméstica, à ideia de cidadania sob o prisma dos deveres, no sentido de que é papel de todo cidadão tutelar a vida da mulher efetivamente em qualquer situação, para que a sua proteção seja implementada no bojo social, de tal sorte que as agressões vivenciadas por elas sejam solucionadas de forma célere e efetiva, com base nas medidas protetivas prevista pela Lei Maria da Penha de maneira forte e concreta. Logo, o conceito a que se propõe a pesquisa em comento, como ponto fulcral, é a promoção da proteção e valorização da vida da mulher mediante uma atuação concreta, tanto daqueles que estão formalmente vinculados à aplicabilidade da Lei Maria da Penha, quanto daqueles que compõem o corpo social, sob a perspectiva de que os direitos, que já existem, chegam de fato à aquelas que mais precisam, as aproximadamente, cento e nove milhões de brasileiras que todos os dias convivem com o medo da violência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Maria da Penha; Mídia Patriarcal; Violência Sexual

## **RÉSUMÉ**

L'objectif principal de cet article est la réflexion sur la difficulté d'appliquer la loi en 11.340/2006 (populairement appelée Loi Maria da Penha), ainsi que de démontrer l'importance que cette étude a révélé dans la réunion des éléments qui, en temps opportun va justifier le rôle de la société, dans le consentement de la violence contre les femmes influencées par Misoginia, propagée principalement par les médias. Cette analyse vise à adapter les actions des individus dans la façon dont ils font face à la violence à l'égard des femmes et à subventionner la violence domestique, l'idée de citoyenneté sous le prisme des devoirs, en ce sens que c'est le rôle de chaque citoyen de guardianiser efficacement la vie des femmes dans toute situation, de sorte que sa protection est mise en œuvre dans le renforcement social, si chanceux que les agressions vécues par eux sont résolus rapidement et efficacement, sur la base des mesures de protection prévues par la loi Maria da Penha d'une manière forte et concrète. Par conséquent, le concept auquel la recherche est proposée dans le commentaire a comme point focal la promotion de la protection et de la valorisation de la vie des femmes par une action concrète, à la fois de ceux qui sont formellement liés à l'applicabilité de la loi Maria da Penha, et de ceux qui Cela compose le corps social, dans la perspective que les droits, qui existent déjà, arrivent réellement à ceux qui en ont le plus besoin, les quelque 109 millions de Brésiliens qui vivent chaque jour avec la peur de la violence.

**PAR MOTS-CLÉS:** Loi Maria da Penha; Médias patriarcal; Violence sexuelle

---

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

2 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

## **INTRODUÇÃO**

Misoginia é o ódio/aversão à mulher. Então mídia misógina, nada mais é do que, os meios de comunicação propagando o ódio contra as mulheres. É o que mais se destacou no famoso “Caso Neymar” que teve uma repercussão nacional no mês junho de 2019, que se iniciou com uma simples denúncia de estupro da modelo Nadjara Trindade Mendes de Souza em face do jogador de futebol Neymar da Silva Santos Júnior, de onde surgiram os mais variados níveis de discussões e comentários, na maioria dos casos sem fundamentos. E tal fato veio colaborar, trazendo à tona, a noção real do tamanho da aversão que a sociedade tem de suas mulheres, enfatizando ainda mais os problemas que a Lei Maria da Penha enfrenta para aplicar efetivamente suas medidas.

A dificuldade que a Lei Maria da Penha enfrenta para ser aplicada é de indiscutível relevância ser debatida, pois é de essencial prioridade, principalmente, para a própria segurança das mulheres, em investigar a origem da inaplicabilidade da referida Lei, para que assim possamos refletir e planejar o combate a essas raízes que limitam a ação da Lei nº 11.340/2006.

Logo, para uma melhor compreensão da temática, realizar-se-á, de início, algumas considerações iniciais acerca da dificuldade de se aplicar a Lei Maria da Penha, momento em que serão destacadas as nuances desses problemas na busca dos elementos indispensáveis para a solução de sua inefetividade, aproximando a real verdade dos fatos, dando ênfase a problemática da mídia misógina que acaba corrompendo o Direito e a dificuldade que a sociedade tem em enxergar tal violência, tendo como pano de fundo o “Caso Neymar”, na sua conduta de divulgação das mensagens de fotos íntimas da modelo Nadjala Trindade, não com o intuito de utilizar a divulgação para fins artísticos, mas como desculpas “de defesa própria”, o que acabou infringindo como iremos abordar a Lei Pornô Vingança 2018 ( Lei nº 13.718/2018).

Deste modo, por meio do método de pesquisa dedutivo, iremos partir da premissa geral da dificuldade em se aplicar a Lei Maria da Penha a fim de mostrar a real verdade dos fatos e a origem da violência doméstica, que a sociedade sem conhecer acaba tutelando e fortalecendo a impunidade de agressores, sem ter a consciência disso.

## **A DIFICULDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA**

Antes que se possa adentrar na temática proposta, faz-se oportuno trazer o conceito ou, mesmo, o fim a que se presta a lei nº11.340/06- A Lei Maria da Penha como ficou conhecida, representa um marco para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra mulheres no Brasil. Se é verdade que a sociedade vem se abrindo para o reconhecimento da violência contra as mulheres como problema social, as mudanças no campo das políticas públicas ocorrem de forma

bem mais lenta e a abordagem integral prevista na Lei, sofre fortemente os efeitos da atuação de um Estado cuja estrutura ainda apresenta resistência ao novo paradigma da violência de gênero como violação de direitos humanos das mulheres. No entanto, falar sobre a inexistência ou insuficiência das políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica e familiar, não significa dizer que nada tenha sido feito para que essas novas estruturas fossem criadas. Mas, no decorrer do último ano, ou no primeiro ano dessa nova década de Lei Maria da Penha, os desafios para sua implementação foram amplificados pela crise social e política no país. E por essa atuação, o Sistema de Justiça Criminal tem surgido como o espaço privilegiado de aplicação da Lei Maria da Penha, mas como já visto, este sistema não se alterou para a implementação integral da legislação e nem mesmo existem evidências de que esse mesmo sistema cumpre com seu papel de investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero os autores de violência doméstica e familiar é o panorama nos apresentado pela obra “Uma década de lei Maria da Penha: percursos, práticas e desafios” organizado por ISADORA VIER MACHADO. (2017, p.70 -72)

Para alcançar ao máximo tal objetivo, a legislação traz uma série de princípios, procedimentos e medidas protetivas em relação às várias formas de violência que vem listada em seu artigo 7º (Lei 11.340/2006), como a criação de políticas públicas de proteção à violência doméstica, por exemplo, afastando-se da via essencialmente punitivista criminal, ou, pelo menos, coordenando-a com outras estratégias de enfrentamento, como BIANCHINI destaca em seu livro “Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.” (2014)

Já CORDEIRO complementa, dizendo que ainda persiste uma forte cultura machista, mas, que alguma mudança está em curso na nossa sociedade. Em outras palavras, as mulheres, “apesar de ocuparem novos lugares na sociedade com relação aos homens, um e outro da parceria amorosa parecem aprisionados por elos que sugerem se entrelaçar pelo endereçamento da tradição.” (2014, p. 30)

Por outro lado, conforme foi analisado no FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA há, ainda, inúmeros questionamentos em relação ao tema como: “{...} embrutecemos ou apenas passamos a escancarar o que antigamente se empurrava para debaixo do tapete? O que a violência contra a mulher nos mostra sobre a violência na sociedade brasileira? ”, nesse sentido faz no parecer que o outro, “mais fraco”, é também responsabilizado pelas frustrações inevitáveis que a vida em sociedade impõe. Pode parecer simplista, mas se esse número expressivo de mulheres sofre violência é porque um número igualmente expressivo de homens é violento. E por isso vivemos numa sociedade violenta, longe da cordialidade estereotipada de nossa cultura, é o que se pode concluir pelos estudos obtidos pelo FÓRUM, segundo o DATAFOLHA. Outra explicação possível a que também se chegou através desta pesquisa, acerca do tema abordado, foi que o pacto social,

fundamental para a vida coletiva, não foi ainda possível na nossa sociedade.

Ademais, desigualdade e a falta de oportunidades não justificam a violência, mas podem nos ajudar a entender como essa teia é complexa na sociedade brasileira. A superioridade sobre a mulher, em casa, dá a ilusão de poder, numa sociedade que não distribui igualmente o poder aos homens. Pois, como foi averiguado em pesquisa publicada em 2018 pelo FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 61% das mulheres entrevistadas disseram conhecer o agressor e 41% das mulheres entrevistadas confirmaram ter sido também agredidas em casa, sendo que a taxa de letalidade é de 60% e a média de feminicídio registrados até agora neste ano de 2019, é de 5,31 casos por dia, ou um caso a cada quatro horas e 31 minutos nos primeiros 64 dias do ano, segundo divulgado pelo portal de notícias O GLOBO.

Então, no tocante a efetivação da Lei Maria da Penha, em consonância com MARIA BERENICE DIAS, é possível sim atribuir ao Poder Judiciário a responsabilidade de encontrar meios de dar essa efetivação à Lei, aplicando-o de forma a atender o seu principal objetivo, mas isso segundo ela, só irá ocorrer quando todos tiverem consciência de que bater em mulher é crime. Ainda diz que apesar de todos os avanços, o homem ainda se considera “{...} como proprietário do corpo e da vontade da mulher e dos filhos. E a sociedade protege a agressividade masculina, constrói a imagem da superioridade do sexo que é respeitado por sua virilidade.” (2010, p.17-19)

A violência, portanto, acaba se tornando subnotificada em consequência a esse comportamento da sociedade diante da violência doméstica, pois, conforme, MARIA BERENICE explica, as chamadas “cifras negras” nos mostram a crescente crença na impunidade, além da sensação de ameaça, fazendo com que muitas mulheres, não denunciem a violência dos quais são vítimas. Por isso como ela demonstra, somente 10% das agressões sofridas por mulheres são levadas ao conhecimento da polícia. Sendo por isso difícil acusar alguém que mora no mesmo teto, pessoa com quem se tem um vínculo afetivo e filhos em comum e não raro, o responsável pelo sustento da família. E essa situação agrava-se ainda mais, pois a sociedade insiste em outorgar ao macho um papel paternalista, exigindo uma postura de submissão da fêmea. É nesse cenário, que a autora nos expõe, que surge a violência, justificada como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero. “Quando um não está satisfeito com a atuação do outro, surge a guerra dos sexos. Cada um usa suas armas: ele, os músculos; ela, as lágrimas! A mulher, por evidente, leva a pior e se torna vítima da violência masculina.” (DIAS, 2010, p.20-21)

No entanto a ineficácia se dá porque o problema não está na legislação vigente, mesmo que esta preveja inúmeros meios para punir o agressor. O cerne do problema se encontra no ciclo da violência, no qual a vítima está inserida, pois freia as mulheres de enxergarem o quadro violento em que se encontram e de criar coragem em denunciar seus agressores. Já que é muito mais fácil prestar

queixa crime a um desconhecido, do que a alguém que se tenha um liame amoroso. Além disso, tem a sociedade, que de certa forma passa a consentir com este tipo de violência, por não conhecer a real raiz do problema, que levam as mulheres a sofrerem caladas.

Deste modo, a legislação acaba se tornando inútil, apesar de, nada adiantar em deferir medidas protetivas, se a vítima continuar desamparada e não receber um tratamento especializado para conseguir libertar-se por completo do ciclo de violência. De mais a mais, a ausência de uma fiscalização eficiente acaba sendo outro ponto que contribui para a ineficiência da aplicabilidade da Lei Maria da Penha, visto que nem mesmo a possibilidade de prisão preventiva, seja capaz de impedir os agressores de violar a decisão judicial que outorgou as medidas cautelares, é o que se entende no raciocínio desenvolvido por NATÁLIA ARAÚJO DOS SANTOS em seu Trabalho de conclusão de Curso na Universidade Estadual do Norte do Paraná. (2018, p.52-56)

Conjuntamente, CUNHA e PINTO ao citarem em sua obra a fala de Maria da Penha, quiserem nos mostrar também, a dificuldade que se tem na aplicação da referida Lei em questão, chegando a conclusão, que é devido ao machismo enfrentado pelas mulheres e principalmente, pela falta de compromisso do Estado em querer acabar com a impunidade dos crimes praticados as elas, que estamos nesta dificuldade em se aplicar a legislação que combate a violência doméstica. Salientam ainda a necessidade do intérprete em se voltarem, para a inerente realidade vivenciada pelas vítimas de violência doméstica, que sofrem com o desprezo e cobardia em seu trabalho doméstico, sem ter a quem se apoiar ou se socorrer-se, sendo que muitas das vezes são dependentes de seus agressores afetivamente, familiarmente ou financeiramente, o que contribui, ainda mais, para a especificidade da hostilidade que sofrem e conseqüentemente para se punir o transgressor e dar-lhe proteção efetiva. (2014, p.31-51)

É o que CARVALHO também faz referência e nos ensina ao dizer que “o Estado e a Justiça encontram dificuldade para fiscalizar e aplicar as medidas protetivas de urgência, que são de fundamental importância em boa parte dos casos em que a mulher vive sobre constante violência e ameaça”. E ele ainda aponta outra questão que merece ser destacada, “{...}que apenas o juiz pode determinar a aplicação das medidas protetivas de urgência no prazo de no máximo 48 horas, porém, em muitas situações esse prazo se torna a causa de muitas mortes, já que a vítima fica desprotegida, a mercê do agressor, que está ainda mais violento depois de saber que foi denunciado. ” (2014, online)

## **A MÍDIA COMO DETURPADORA DO DIREITO VIGENTE E DISSEMINADORA DO CONTROLE PATRIARCAL**

Cada sociedade, ao longo de sua história, desenvolve mecanismos de controle social para

que os indivíduos que a compõem respeitem e se integrem às regras e aos comportamentos considerados aceitáveis pela comunidade. Sejam oficiais, criados pelo Estado, ou informais, tais como a mídia e a religião, estes mecanismos criam padrões a serem repercutidos e proporcionam uma visão negativa a respeito das condutas divergentes que encorajam a mudança do sistema normativo.

Na atualidade, o conhecimento e o acesso à informação têm sido utilizados como alavanca para o alcance do poder por determinados grupos. A mídia, deste modo, atua como instrumento disseminador dessa influência e dominação de uma parcela populacional perante outra. Acontecimentos marcantes e trágicos, que ferem os bens jurídicos tutelados pela sociedade, causam grande impacto e repercussão, entretanto deve-se ponderar a atuação que os meios de comunicação exercem nos cidadãos criando juízos de valores e julgamentos precipitados. Representada por grandes centros jornalísticos, programas de rádio, televisão e plataformas de internet, a mídia está presente no cotidiano de cada cidadão ficando evidente que na contemporaneidade ninguém está a salvo dela. O poder de persuasão midiático se manifesta de forma contínua e em longo prazo nos indivíduos, formando conceitos, valores e visões de mundo impostos por aqueles que detêm o comando dos polos de comunicação. De forma estratégica, a velocidade de propagação de notícias e a vinculação de imagens não viabilizam a reflexão e o aprofundamento, gerando um senso comum distorcido e calcado na segregação.

A respeito do assunto, SÓLIO afirma que:

Assim, a engrenagem midiática desenvolve um esforço redobrado e normalmente competente no sentido de minimizar a capacidade reativa do sujeito, que, via de regra, acaba, em um processo recursivo, por realimentar o discurso que recebeu. Temos na mídia a ausência de crítica, da reflexão, da diversidade de pontos de vista; temos um discurso tautológico da violência por ela própria. (2010, p.27)

A imprensa, reiteradamente, exhibe em noticiários, nas páginas de jornal e em sites da internet cenas de crimes e tragédias humanas elegendo vilões e mocinhos na sociedade. A forma sensacionalista e maniqueísta como ocorre à divulgação dos delitos cometidos pelos indivíduos instiga na mentalidade da comunidade uma sensação de insegurança e terror que não encontra respaldo na realidade. Materializa-se, conseqüentemente, grande clamor popular por medidas legislativas que aniquilem com a criminalidade e tragam a falsa sensação de segurança, corrompendo o direito vigente.

Com relação a esta perspectiva BOLDT assevera:

A ideologia inerente ao discurso dominante passa então a ser utilizada com a função de encobrimento da realidade, fazendo com que as pessoas acreditem estar sendo informadas sobre os mais diversos temas, quando, na verdade, estão sendo manipuladas a partir da ocultação daquilo que é mais importante e da apresentação de somente uma das versões possíveis acerca dos fatos. (2013, p. 62)

Assim a mídia excita uma corrente ideológica que acredita que a maximização do direito penal seja a alternativa mais viável e concreta para frear as infrações penais. Todo este simbolismo enraizado pela imprensa no âmbito social e cultural desperta o preconceito e a segregação, promovendo a perpetuação dos interesses das classes dominantes. Neste seguimento, BOURDIEU retrata que:

A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. (1989, p. 10)

A classe dominante, de acordo com o conhecimento dos autores CARLO VELHO MASI e RENAN DA SILVA MOREIRA, atua como “detentora de um poder simbólico, um poder de estabelecer o monopólio sobre o discurso, assentar a sua versão como verdade real dos fatos, ela distorce a realidade, valendo-se da mídia” (2014, p.454). Fica evidente por meio da afirmativa dos autores que os meios de comunicação podem refletir os interesses de determinada parcela da sociedade, bem como influenciar na veracidade dos fatos e até repercutir nas decisões legislativas, corrompendo o direito e criando uma legislação simbólica. Nesta toada, MARCELO NEVES destaca que:

O conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica. (1994, p. 32)

Entende-se, portanto, que “os meios de comunicação não se limitam a informar, tomam partido, julgam e condenam” (SAWAIA, p.140,2014), além de incutirem na mentalidade social a noção cultural que lhes convém.

### **Silenciar das vozes femininas na mídia**

A presença feminina na mídia é indiscutível, contudo o modo como a mulher é vista e propagada pela imprensa viabiliza na opinião pública convicções preconceituosas e criações de estereótipos difíceis de serem revertidos.

As mulheres sempre são relacionadas aos programas matinais de culinária ou a programas de entretenimento, nunca tendo sua imagem vinculada a telejornais e debates políticos ou econômicos, desenvolvendo a percepção que esta esfera está somente destinada à parcela masculina da sociedade. Observa-se, deste modo, que “estas divisões internas ao noticiário, remetem ao problema mais geral da divisão entre o público e o privado.” (MIGUEL; BIROLI, 2009, p.71)

Ainda se observa a misoginia nos comerciais, onde a figura feminina se vê fadada a ofertas de produtos de limpeza, beleza ou relacionados a criações dos filhos. Compreende-se então, que a “aparência física e aspectos entendidos como vinculados à feminilidade podem constituir um obstáculo, ao reforçarem uma visão estigmatizada.” (BIROLI, 2010, p.64)

Os meios de comunicação legitimam a dominação patriarcal, visto que a figura feminina é estereotipada, subestimada e erotizada, enquanto que a decisão das temáticas midiáticas está sempre relacionada aos interesses masculinos. O machismo vinculado pela mídia“ faz com que várias violências e desrespeitos a seus direitos humanos sejam socialmente aceitos, sejam naturalizados” (CHAVES, 2015. p.3). A tecnologia serve de instrumento para a perpetuação da ordem hegemônica de gênero e da discriminação, repercutindo a imagem dicotômica de que as mulheres tendem a serem santas ou prostitutas.

Esta visão submissa da mulher na esfera cultural é enraizada pelo patriarcado e pelo machismo amplamente divulgado pela imprensa, mesmo que de forma velada. Comerciais que deturpam o corpo feminino e programas televisivos que relacionam a imagem feminina à esfera doméstica ou maternal são formas de violência, mesmo que simbólica contra a mulher. Tais atitudes legitimam a desigualdade de gênero realçando como “a misoginia opera na sociedade patriarcal brasileira, diminuindo a mulher e não conferindo a esta um tratamento digno e humano.” (SALIBA; SANTIAGO, 2016, p.96)

Os noticiários e programas televisivos reproduzem de forma ampla o modelo de sociedade existente na atualidade salientando como os “homens e mulheres, apesar das conquistas femininas, ainda não possuem o mesmo espaço na sociedade” (CHAVES, 2015, p.1). A presença feminina restringida nos meios de comunicação, infelizmente, repercute no direito. Deste modo incute a necessidade de representatividade feminina na luta contra o patriarcado e contra as discriminações de gênero, fazendo com que as reivindicações das mulheres alcancem a esfera da política nacional promovendo uma sociedade igualitária. Desta forma, BREGA e ALVES asseveram que:

O direito posto é machista e sempre se ocupou prioritariamente dos problemas dos homens, havendo a necessidade premente de que se reconheça a existência de diferenças e as discrimine, promovendo, assim, a igualdade, base de uma sociedade cultural, social e juridicamente menos sexista e excludente. (BREGA; ALVES, 2009, p.140)

A necessidade de representação feminina nos diversos setores sociais relaciona-se a existência de uma “sociedade historicamente machista, com uma falsa aparência de igualdade que encobre uma estrutura falocêntrica, e que se reproduz em diversos âmbitos de nossa sociedade, inclusive na mídia” (CHAVES, 2015, p.2). Busca-se o pleno exercício da cidadania pelas mulheres, bem como que não sejam mais vistas como um objeto para agradar a vaidade masculina.

Outro notório obstáculo enfrentado em virtude do protagonismo masculino na imprensa é a

dificuldade de reconhecimento dos casos de violência em que as mulheres figuram como vítimas exclusivamente por questões de gênero. Além de fomentar o preconceito e a sensação de superioridade masculina, a mídia distorce e ridiculariza os fatos de violência doméstica gerando a dupla vitimização feminina e o medo de denunciar e relatar as agressões físicas, morais, psicológica, patrimoniais e sexuais sofridas. Fica evidente que os meios de comunicação “não veiculam conteúdos inocentemente, na medida em que possuem um mecanismo ideológico próprio.” (CHAVES, 2015, p.4)

A ideia da superioridade masculina ao longo da história é totalmente incongruente, pois a mulher, que é taxada de “sexo frágil possui poderosa capacidade de produção, de trabalho e de estudo nas questões científicas” (PRETTO, 2015, p.72). Provando, portanto, que a necessidade de igualdade de gênero e de instrumentos jurídicos capazes de pôr fim à violência, a opressão e a discriminação.

### **O MACHISMO PRESENTE NO CASO NEYMAR E A DIFICULDADE DE PERCEPÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SEXUAL**

A acusação de estupro envolvendo o jogador de futebol Neymar ganhou recentemente os holofotes dos sites de internet e as manchetes de grandes jornais, despertando, inclusive, opiniões de diversas figuras públicas e autoridades. Os desdobramentos do fato, como a publicação nas redes sociais de fotos íntimas da modelo feita pelo atacante do PSG trouxe à tona um dilúvio de narrativas machistas. O caso, mesmo estando em fase de investigação, já foi sentenciado por um “tribunal midiático misógino” instigando na sociedade a discriminação e o preconceito de gênero.

De acordo com o relato da vítima, durante um encontro em Paris o jogador de futebol teria a agredido e estuprado. Após a efetuação da denúncia surgiram diversas manifestações de jornalistas, futebolistas e até políticos em defesa de Neymar questionando o depoimento da mulher antes de saber o que realmente ocorreu entre as partes envolvidas.

Esses tipos de discursos caracterizados como uma “broderagem masculina” são frequentes em casos de denúncias de violência doméstica e visam reforçar os estereótipos de gênero e a ideologia da superioridade masculina. Desta forma gera na vítima o medo e a insegurança de ser alvo de suspeitas e depreciações, visto que o “tabu engendrado pela ideologia patriarcal, faz com que as vítimas AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO, em sua grande maioria, não reportem a qualquer autoridade o crime sofrido” (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2018, p.56). Salienta-se, então, a prioridade de estar “atento à necessidade de reconhecimento do valor da mulher na sociedade, a fim de que seja retirada de sua figura a vulnerabilidade e o rótulo de vítima.” (SANTOS, SANTOS, 2013, p.19)

O questionamento da palavra feminina suscita uma dupla crueldade contra a mulher que delata uma agressão, ao passo que as desqualificam e culpabilizam em situações de violência doméstica. A mídia atua como instrumento de propagação dessa ideologia perversa, pois segundo o dossiê sobre feminicídio a “imprensa muitas vezes reforça estereótipos e um movimento de culpabilização da vítima”.

O acontecimento em tela instiga o curioso julgamento que a sociedade faz a respeito do homem agressor. Apesar de o jogador Neymar possuir 27 anos de idade e ter plenas condições de responder por seus atos, é amplamente tratado pelos meios de comunicação como um “menino” que apenas cometeu um descuido e merece ser inocentado. Esta visão de “homem adulto infantilizado” serve como artimanha para responsabilizar a mulher pelo crime em que figura como vítima, invertendo os polos da acusação. Tal fato se ratifica conforme estudo realizado pelo IPEA em 2014 na pesquisa tolerância social à violência contra as mulheres demonstrando que dentre os entrevistados 58%, entendem, total ou parcialmente, que “se as mulheres soubessem se comportar haveria menos estupros”.

Nas redes sociais diversos comentários surgiram a respeito da não qualificação do crime de estupro no caso Neymar em virtude da vítima e o atacante possuírem um relacionamento amoroso. Entretanto se observa na Lei Maria da Penha que a violência sexual é uma das formas de violência doméstica contra a mulher estando prevista no artigo 7º, III, da Lei 11.340/06, complementando, deste modo, a legislação penal a respeito das diversas formas de violência.

Muito se relutou acerca do reconhecimento da violência sexual nas relações amorosas e de matrimônio, onde a vítima e o agressor possuem vínculo afetivo, pois “a tendência sempre foi identificar o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, a legitimar a insistência do homem, como se estivesse ele a exercer um direito” (DIAS, 2010, p.67). A percepção que a mulher estando em um relacionamento tem a obrigação de satisfazer o desejo sexual de seu parceiro ainda é latente na sociedade. O DOSSIÊ MULHER 2019, realizado pelo INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA (ISP), apresentou dados em relação ao crime de estupro comprovando que cerca de 72% ocorreram dentro no âmbito privado, ou seja, dentro de suas próprias casas e que aproximadamente 45% dos autores eram pessoas do convívio da vítima.

Os estereótipos relacionados à figura feminina reforçam a convicção de que mesmo a mulher tendo consentido, a princípio, com a relação sexual não pode desistir do ato posteriormente. Ditados populares presentes no vocabulário masculino como “ajoelhou tem que rezar” reprimem a autonomia da libido feminina e legitimam a violência sexual no âmbito doméstico. Segundo o levantamento #MENINAPODETUDO: MACHISMO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (É NOIS INTELIGÊNCIA JOVEM/INSTITUTO VLADIMIR

HERZOG/INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2015), 47% das jovens expuseram que já foram forçadas pelo companheiro a terem relações sexuais. Confirmando, por consequência, que “o agressor dorme ao lado, o que revela a gravidade do problema de violência doméstica no país.” (CERQUEIRA; COELHO; FERREIRA, 2017, p. 39)

O caso Neymar demonstra a dificuldade que a vítima de agressão sexual enfrenta para denunciar a violência em virtude da desvalorização de sua palavra e da humilhação sofrida no meio social por fazer parte de um processo. Além da agressão passada a mulher pode desenvolver graves problemas psicológicos ao desenrolar da ação, seja devido ao autor ser uma figura influente, como no caso do jogador do PSG, ou por ser o próprio pai, tio, avó e padrasto da vítima. No que concernem às consequências da violência cometida, se ressalta que os efeitos podem ser extremamente revitimizador, pois:

{...}entre as conseqüências físicas imediatas estão a gravidez, infecções do aparelho reprodutivo e doenças sexualmente transmissíveis (DSTs). Em longo prazo, as mulheres podem desenvolver distúrbios na esfera da sexualidade, apresentando ainda maior vulnerabilidade para sintomas psiquiátricos, principalmente depressão, pânico, somatização, tentativa de suicídio, abuso e dependência de substâncias psicoativas. (AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. Dossiê Violência Contra as Mulheres, s/n, 2016)

A mulher ao procurar atendimento médico após a agressão se encontra em completo estado de desespero e fragilidade, sendo de extrema importância o devido acolhimento da vítima pelos órgãos de saúde para que esta quebre o silêncio. A legislação salvaguarda pela Lei 12.845/13 que “os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social”. O conhecimento popular de tal legislação ainda não é tão difundido o que propicia à vítima a falta de segurança e conforto para notificar a violência as autoridades de saúde e judiciária.

Entretanto, apesar da existência de tais legislações ainda vigora na sociedade a dificuldade de percepção da violência sexual. A incredulidade a respeito da maneira como o Estado lida com os crimes sexuais no ambiente doméstico é latente. Segundo a PESQUISA PERCEPÇÕES E COMPORTAMENTOS SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL NO BRASIL (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO/LOCOMOTIVA, 2016) 76% das mulheres e 67% dos homens consideram que a certeza da impunidade é o principal motivo para que um homem cometa uma violência sexual contra uma mulher, além de que “73% dos entrevistados acreditam que as mulheres que denunciam a violência sexual são julgadas pelas pessoas e 54% afirmam que elas não são levadas a sério”.

## **Violência de gênero e a divulgação de imagens íntimas na internet à luz da Lei 13.718/18**

O jogador de futebol Neymar, após ser alvo de denúncia de violência sexual, publicou em sua rede social um vídeo em sua defesa alegando que o fato que ocorreu em Paris foi consensual devido a conter “prints” de conversas onde apareciam fotos em que a modelo que o acusou de estupro estava nua e com o rosto e partes íntimas borradas. Tal exposição a nível mundial de repercussão foi sem o consentimento da mulher, construindo, assim, uma narrativa misógina desprestigiando a credibilidade da vítima. Após a grande “viralização” das imagens muito se questionou a respeito do que deveria ser um comportamento aceitável feminino, pois o machismo está presente inclusive no mundo virtual.

A divulgação de fotografias ou vídeos contendo nudez feminina ou vídeos de relações sexuais sem consentimento da mulher tornou-se uma recente forma de violência de gênero. Todo o avanço tecnológico e a difusão da internet infundida por uma mídia misógina fazem “perpetuar discriminações e violência contra mulheres, posto que, uma vez espalhados pela rede, tais conteúdos trariam como consequências uma espécie de linchamento moral às vítimas, que seriam julgadas e atacadas por seus comportamentos sexuais.” (LINS, 2016, p. 249)

Mesmo que anteriormente a ofendida tenha enviado “nudes” para o autor com quem teve algum relacionamento amoroso ou afetivo, a sua vinculação na internet para acesso geral não exclui o enquadramento típico. Ressaltando-se que “ao enviar suas imagens, a vítima vale-se das relações de confiança que inspiram o vínculo afetivo com o agressor, este fato não justifica o argumento da auto colocação em risco” (CAVALCANTE; LELIS, 2016, p. 64). A liberdade sexual feminina ainda é restrita e mal vista socialmente, segundo LINS:

O corriqueiro conselho “melhor não fazer” traz implícitas convenções de gênero e sexualidade que associam o desejo e comportamento sexual masculino à predação, ao passo que às mulheres caberiam freios, precaução e controle (LINS, 2016, p. 259)

Depois o término de um relacionamento, as mulheres são as maiores vítimas de reações cruéis por parte do ex companheiro. Segundo levantamento da ONG SAFERNET, #INDICADORESHELPLINE, dos 669 casos de denúncias recebidas no ano de 2018 a respeito de divulgação de imagens íntimas, 440 eram de mulheres.

De acordo com pesquisa “VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: O JOVEM ESTÁ LIGADO?” realizada pelo INSTITUTO AVON e DATA POPULAR em 2014, 13% das entrevistadas relataram que já tiveram detalhes íntimos espalhados pelo parceiro após o rompimento de um namoro. Percebesse, então, como divulgação de imagens íntimas nas redes sociais são claramente embasadas pelo machismo e preconceito de gênero, pois:

{...} do mesmo modo, padrões de masculinidade atuam para que os homens sejam maioria entre quem comete a 'pornografia de vingança' – para eles, muitas vezes, ter uma foto íntima divulgada não é motivo de julgamento moral, pelo contrário, trata-se de uma afirmação da sua masculinidade, uma prova da sua virilidade (AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. Dossiê Violência de Gênero na Internet, s/n, 2016)

A Lei 13.718/18, conhecida como Lei Pornô Vingança, tem por objetivo defender a liberdade sexual e punir autores de publicações que contenham caráter íntimo com intuito de ridicularizar e menosprezar a vítima. Tem, portanto, o intuito de frear a “exposição vexatória, muitas vezes por vingança ou punição à mulher que não agiu conforme o desejo de seu companheiro.” (UNICEF, p. 8)

A terminologia pela qual a lei ficou conhecida carrega um viés distorcido, pois o “uso inadequado do termo pornografia acarreta ainda maior sentimento de culpa às vítimas, bem como maior julgamento negativo da sociedade” (TRUZZI, 2016, p.46). Esse sentimento de culpa gerado na vítima é consequência do espectro machista de que a mulher não tem autonomia sobre o próprio corpo e libido, propiciando uma visão de que estejam fazendo algo considerado errado ou mal visto socialmente.

A dupla vitimização feminina também é escancarada em casos de vazamento de imagens ou vídeos íntimos nas plataformas digitais, pois além de terem sua intimidade exposta em nível de repercussão incalculável também desenvolvem sentimento de culpa e humilhação. Com base no projeto CARETAS, “adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet”, 10% das jovens afirmaram que já passaram por situações de exposição da privacidade na internet, enquanto que 80% relataram que caso algo desse nível lhes acontecesse, sentiram-se culpadas e 27% pensaram em acabar com a própria vida.

A vingança pornográfica causa danos tanto emocionais quanto físicos na vítima. O julgamento e o preconceito sofridos pelas mulheres podem acarretar sérios problemas emocionais e psicológicos além da serem mal vistas e discriminadas. O recorte de gênero que tal conduta carrega somente evidencia o machismo presente no controle do exercício da sexualidade feminina.

A promulgação da Lei 13.718/18 já demonstrou ser um grande avanço para abolir com a sensação de impunidade dos autores de propagações e compartilhamento de imagens íntimas sem autorização. Entretanto, é imprescindível todo engajamento de diversos setores sociais para a solução do problema. O tratamento da mulher como vítima e não como condenada, bem como o acolhimento familiar e social são primordiais para enfrentamento da situação e a devida responsabilização dos culpados.

A criação e aperfeiçoamento de políticas públicas que visam a prevenção das graves consequências que a exposição e circulação sem consentimento da privacidade das mulheres nas

redes sociais também é de suma importância. Medidas como investir no diálogo entre educadores e alunos a respeito dos riscos que o vazamento de imagens íntimas pode gerar na vida da vítima, bem como a orientação para buscar apoio e justiça são simples e primordiais. Conscientizar a sociedade a respeito do machismo ainda presente e da dificuldade de percepção da violência doméstica é essencial para a resolução dos conflitos além de evitar que novos delitos venham a ocorrer.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Buscou-se, através do presente estudo, salientar a importância de se descobrir as raízes que dificultam a aplicação da Lei Maria da Penha, com um viés político e sociológico da violência doméstica, mediante a exposição do conceito e noções da dimensão da problemática e finalidade da Lei.

Em seguida, tratou-se da misoginia, especificamente, na demonstração da mídia em corromper o Direito. Pois, já não é a primeira vez que registramos o papel cúmplice e ativo dos grandes meios de comunicação brasileiros em difundir a misoginia em nosso país. Mas o que se presenciou no último mês superou o nível de incredulidade na seriedade imparcial do jornalismo nacional. O que se pode verificar com os grandes meios de comunicação sem pudor, algum mobilizando a sociedade para assumir pontos de vistas, rasas, sobre a violência contra a mulher, especialmente a doméstica, como se pode observar no famoso “Caso Neymar”, espetacularizando de forma prestidigitadora, manipulando, a opinião pública, para somente alcançar objetivos que servem somente para interesses da acumulação patrimonialista e elitista.

Discussão esta, que aqui que foram abordados com a reunião de elementos probatórios categóricos e suficientes à criação, ou senão, pelo menos o início de soluções para a melhor efetividade das medidas protetivas da Lei Maria da Penha e informação educacional para o melhor cuidado da sociedade para com suas mulheres.

Vislumbrou-se, com fundamento na ideia da Criminologia Feminista à luz da Constituição, que a violência doméstica é matéria que interessa a todos, indistintamente, enquanto cidadãos, razão pela qual se faz imperiosa uma atuação mais contundente por parte de toda a sociedade, sejam eles homens e mulheres, para a devida identificação da violência mesmo antes de seu acontecimento, para salvaguardar a vida das possíveis vítimas. Já que “no âmbito das relações de gênero e das relações familiares, a Constituição Federal prevê a igualdade entre homens e mulheres (art.5º, I, da Constituição Federal) e a família como a base da sociedade, com proteção do Estado (art.226 da Constituição Federal). (FERNANDES, 2015, pág.40)

Por fim, concluiu-se no sentido de que o exercício do “Feminismo Cidadão”, mediante uma postura ativa dos indivíduos nos assuntos de ordem de gênero e educação social, vale dizer, na

concretização da segurança e paz para as mulheres, bem como a atuação da mídia em prol da verdade real dos fatos e da conduta consciente da identificação e extinção do ciclo de violência, são potentes vias para a consecução dos fins a que se destinam o nosso Estado Democrático de Direito e a Criminologia Feminista, mediante a implementação da garantia de punibilidade dos agressores, incluído aqui o procedimento de acompanhamento e acolhimento das vítimas, culminando na valorização do papel feminino na sociedade ao ideal de justiça, de tal sorte que o texto constitucional juntamente ao Código Penal e as Leis (nº11.340 /2006 e 13.718/2018) sejam melhores instrumentalizados para serem, efetivamente, asseguradores dos direitos e garantias fundamentais de nós, mulheres.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Dossiê Violência Contra as Mulheres**. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-sexual/>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

AGENCIA PATRICIA GALVÃO. **Dossiê Violência de Gênero na Internet**. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Dossiê Femicídio**. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/femicidio/>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

ARAUJO, Nathália Santos. **Dores silenciosas: a impunidade da violência dentro dos lares ante o ciclo da violência contra a mulher**. (TCC) /Nathalia Santos Araújo; orientador Gilberto Giacoia; co-orientador Daniela Aparecida Rodrigues -Jacarezinho, 2018. Direito- Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Aplicadas, Programa de Pós- Graduação em Direito, 2018.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIROLI, Flávia. **Mulheres e política nas notícias: Estereótipos de gênero e competência política**. Revista Crítica de Ciências Sociais, Set. 2010. p. 45-69. Disponível em <<https://journals.openedition.org/rccs/1765>> Acesso em: 28 jun. 2019.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Mídia e representação política feminina: hipóteses de pesquisa**. Revista Opinião Pública, Campinas: SP, vol. 15, nº 1, Junho, 2009, p.55-81.

\_\_\_\_\_. LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006.

\_\_\_\_\_. Lei N.º 12.845, de 1º de Agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. LEI PORNÔ VINGANÇA. Lei N° 13.718, de 24 de Setembro de 2018.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. **O DIREITO DAS MULHERES: UMA**

ABORDAGEM CRÍTICA. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 131- 142, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/130/130>> Acesso em: 28 jun. 2019.

BOLDT, Rafael. **Criminologia Midiática: Do Discurso Punitivo à Corrosão simbólica do Garantismo**. Curitiba, PR: Juruá, 2013. p. 196

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Bertrand Brasil S.A, 1989. p.311

CARVALHO, Pablo. Medidas **protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha e sua real eficácia na atualidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4064,17 ago.2014. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/29229/medidas-protetivas-no-ambito-da-lei-maria-da-penha-e-sua-real-eficacia-na-atualidade>>. Acesso em : 13 jun. 2019.

CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira; LELIS, Acácia Gardenia Santos. **Violência de Gênero Contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia da vingança**. Aracaju: Interfaces Científicas - Direito, [S.l.], v. 4, n. 3, p. 59-68, Junho, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118/1849>>. Acessado em 28 jun. 2019.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz; FERREIRA, Helder. **Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014**. Revista Brasileira de Segurança Pública: subtítulo da revista, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 2448, fev. /2017.

CHAVES, Fabiana Nogueira. **A mídia, a naturalização do machismo e a necessidade da educação em direitos humanos para comunicadores**. Disponível em <<http://www.portalintercom.org.br/anais/norte2015/resumos/R44-0606-1.pdf>>. Acesso em 28 de jun de 2019.

CORDEIRO, Elaine de Souza. **Violência contra a mulher é crime! A lei Maria da Penha e um trabalho com agressores**. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

Countrymeters: **Relógio da população do Brasil**; Fonte : United Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações; Disponível em:<<https://countrymeters.info/pt/Brazil>> Acesso em: 26.Jun.2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. Editora Revista dos Tribunais; Edição: 6ª, Nova Edição (25 de setembro de 2015).

DIAS, Maria Berenice. **A LEI MARIA DA PENHA NA JUSTIÇA: A efetividade da Lei 11.340 2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher; 2ªedição**, editora Revista dos Tribunais, 2010.

**Dossiê mulher: 2019** / orgs. Flávia Vastano Manso e Vanessa Campagnac. 14. ed. Rio de Janeiro, RJ: Rio Segurança, 2019. 115 p.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **A LEI MARIA DA PENHA: O Processo Penal no caminho da efetividade, Abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei Feminicídio)**; São Paulo; Editora: Atlas S.A – 2015.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência 2018**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf)> Acesso em 26 jun. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DATAFOLHA: Instituto de Pesquisa. **A Vitimização de mulheres no Brasil**. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

Énois Inteligência Jovem; Instituto Patrícia Galvão; Instituto Vladimir Herzog.

**#meninapodetudo: machismo e violência contra a mulher**. 2015. Disponível em <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/meninapodetudo-machismo-e-violencia-contra-a-mulher-enois-inteligencia-joveminstituto-vladimir-herzoginstituto-patricia-galvao-2015/>> Acesso em: 27 jun. 2019.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA); Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS). **Tolerância social à violência contra as mulheres**. 2014. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327\\_sips\\_violencia\\_mulheres\\_no\\_vo.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_no_vo.pdf)> Acesso em: 26 jun. 2019.

Instituto Patrícia Galvão; Locomotiva. **Pesquisa Violência Sexual: Percepções e comportamentos sobre violência sexual no Brasil**. 2016. Disponível em: <[https://assets-institucionalipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2016/12/Pesquisa\\_ViolenciaSexual\\_2016.pdf](https://assets-institucionalipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2016/12/Pesquisa_ViolenciaSexual_2016.pdf)> Acesso em: 13 jul. 2019.

LINS, Beatriz AccioLy. **“Ih, vazou!”: Pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”**. Cadernos de Campo, São Paulo, v. 25, n. 25, p. 246-266, dez./2005. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851/134104>>. Acesso em: 28 jun. 2019

MACHADO, Isadora Vier. **Uma década de lei Maria da Penha: percursos, práticas e desafios**. /Isadora Vier Machado (Org) – Curitiba: CRV, 2017.

MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. **Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal e em tempos de crise**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.22, n.108, p. 437-460, mai/jun.2014

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Guarulhos, SP: Ed. Acadêmica, 1994. p. 190

O GLOBO. **Mais de 200 feminicídios ocorreram no país em 2019, segundo pesquisador:** Três mulheres morreram esfaqueadas na quarta-feira; principais suspeitos são parceiros ou ex- parceiros; Victor Calcagno; 07/03/2019 - 17:36 / Atualizado em 08/03/2019 - 18:38. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/mais-de-200-femicidios-ocorreram-no-ais-em-2019-segundo-pesquisador-23505351>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

SANTIAGO, Brunna Rabelo; SALIBA, Maurício Gonçalves. **Bailarinas não fazem política?:** Análise da violência de gênero presente no impeachment de Dilma Rousseff. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 21, n. 21, p. 91-105, dez. 2016. Edição especial. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/916/482>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

PRETTO, Valdir. **Exclusão social e questões de gênero.** Caxias do Sul, RS: Educs, 2015. p. 223

SAFERNET; #INIDICADORESHELPLINE. 2018. Disponível em: <<https://helpline.org.br/indicadores/>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

SANTOS, Andreia Colhado Gallo Grego; SANTOS, Bruno Baltazar. **Do simbolismo penal e da Lei Maria da Penha:** a (in) efetiva proteção da mulher. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=185e48a43c7f63ac>. Acesso em 28 jun 2019.

SAWAIA, Bader (org). **As artimanhas da exclusão:** análise psicossocial e ética da desigualdade social. 14ª Ed. Petrópolis, RJ: Voses, 2014.

SÓLIO, Marlene Branca. **Violência:** um discurso que a mídia cala. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010. p. 93

SOUZA; Cecília de Mello, ADESSE; Leila, (org). **Violência sexual no Brasil:** perspectivas e desafios. Brasília, DF: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. p. 188.

TRUZZI, Gisele. **A intimidade na Rede:** Assédio e Compartilhamento Não Autorizado de Conteúdo Íntimo no Direito Brasileiro. Revista Consulex Digital. 474 ed. p. 44 – 47. Outubro, 2016.

Disponível em [http://www.truzzi.com.br/blog/wpcontent/uploads/2016/12/INTIMIDADE-NA-REDE\\_RJC\\_474-Gisele-Truzzi\\_publicado.pdf](http://www.truzzi.com.br/blog/wpcontent/uploads/2016/12/INTIMIDADE-NA-REDE_RJC_474-Gisele-Truzzi_publicado.pdf). Acesso em 28 jun. 2019

UNICEF. **CARETAS:** Adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Pesquisa%20Caretas.pdf>>. Acesso em 29 jun. 2019.

# A SITUAÇÃO DO NEGRO NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL: ATUAÇÃO DO ESCRITÓRIO MODELO UENP NA CADEIA PÚBLICA DE JACAREZINHO

Brunna Rabelo SANTIAGO<sup>1</sup>  
Victor Costa HIRAI<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo trata de uma proposta de atuação penal por parte do Escritório Modelo da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP vinculada à necessidade de implementação de uma justiça penal constitucional pautada em questões de gênero, raça e classe na Cadeia Pública de Jacarezinho/PR. Objetiva-se demonstrar a possibilidade de se fomentar uma prática jurídica dentro do contexto da execução penal e do atendimento humano, como instrumento de formação dos alunos da graduação do curso de Direito/UENP. Soma-se a isso, a existência de uma demanda de assistência jurídica, em meio à uma realidade de superlotação e esquecimento prisional presente na região jacarezinhense. Utilizou-se nesta pesquisa o método dedutivo, a partir da análise geral da situação do negro no Sistema Penal, para o estudo específico da importância de uma prática jurídica humana e pautada em uma Justiça Penal inclusiva por parte do Escritório Modelo/UENP. Assim, possibilita-se uma formação prática jurídico-social aos estudantes de Direito da UENP e um acompanhamento jurídico humano à população carcerária de Jacarezinho/PR.

**PALAVRAS-CHAVE:** Escritório Modelo UENP. Extensão Universitária. Seletividade do Sistema Penal. Racismo Institucionalizado.

## ABSTRACT

This article deals with a proposal for a criminal action by the Model Office of the State University of Northern Paraná - UENP linked to the need to implement a criminal constitutional justice based on issues of gender, race and class in the Public Jail of Jacarezinho/PR. The objective is to demonstrate the possibility of fostering a legal practice within the context of criminal execution and human service, as an instrument for the training of undergraduate students of Law/UENP. Added to this is the existence of a demand for legal assistance, during a reality of overcrowding and prison forgetfulness present in the Jacarezinhense region. In this research the deductive method was used, based on the general analysis of the situation of the black people in the Criminal System, for the specific study of the importance of a human juridical practice and based on an inclusive Criminal Justice by the Model Office/UENP. Thus, a practical legal-social training is available to law

- 1 Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2018). Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT (2016). Diretora e Advogada do Núcleo de Práticas Jurídicas - Escritório Modelo - UENP. Professora da Pós-graduação em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia realizada pelo ProJuris Estudos Jurídicos no Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO). Advogada (2018-2019 - atualmente colaboradora voluntária) do Núcleo Maria da Penha - NUMAPE/UENP - Projeto de Extensão financiado pelo programa "Universidade sem Fronteiras" da Secretaria da Ciência Tecnologia e Ensino Superior - SETI. Advogada e integrante do Programa de Extensão "Escritório Modelo Itinerante - UENP: Acesso à Justiça na Cadeia Pública de Jacarezinho" e dos grupos de pesquisa: Violência: entre feminismos e infância; Execução Penal; e Gênero, Família e Violência do Diretório de Pesquisa do CNPq.
- 2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Monitor do Escritório Modelo (Núcleo de prática jurídica) da UENP. Integrante do Programa de Extensão "Escritório Modelo Itinerante: acesso à justiça na Cadeia Pública de Jacarezinho/PR". Bolsista no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), no ano de 2016. Experiência no sistema PROJUDI e atendimento ao público, tendo exercido a função de Estagiário junto ao Gabinete da Vara de Família, Infância e Juventude da Comarca de Jacarezinho/PR entre 2017 e 2019, bem como a função de Estagiário Voluntário junto ao gabinete da Vara Criminal da Comarca de Jacarezinho/PR no ano de 2016.

students of the UENP and a human legal assistance to the prison population of Jacarezinho/PR.

**KEYWORDS:** Office Model UENP. University Extension. Selectivity of the Penal System. Institutionalized Racism.

## 1 INTRODUÇÃO

A população prisional brasileira compõe-se, em sua maioria, por negros e pardos, de classe econômica menos abastada e com um baixo grau de formação educacional. De acordo com dados do INFOPEN, referentes ao período de junho de 2017 e publicados em 2019, a soma de pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totaliza 63,6% da população carcerária nacional (INFOPEN, 2019). O próprio relatório traz em pauta os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, realizada pelo IBGE em 2017, na qual se constata que pretos e pardos representam 55,4% da população brasileira. Questiona-se, assim, o que justifica um percentual de aproximadamente 64% de presos pretos e pardos em um país onde metade da população representa tal etnia? Se estes compõem a metade do todo, por que são a maioria nas prisões brasileiras? Nesse momento, cumpre trazer a epígrafe do presente artigo, a música “Vai partir” interpretada pelos cantores Cynthia Luz e Djonga, “Eu ‘tava’ querendo ser luz no mundo, mas disseram que eu sou escuro demais”, o que demonstra a segregação racial existente no país e, conseqüentemente, no sistema de justiça penal. Vê-se claramente que o sistema penal é seletivo, racista e opressor, contribuindo para tanto, não apenas a legislação vigente, mas principalmente a forma de se aplicar a lei por parte dos operadores do direito.

A própria formação do estudante de direito demonstra-se condicionada a uma atuação meramente jurídica e positivista, sem uma real aplicabilidade de uma justiça social e democrática. Em razão disso, faz-se necessária uma ressignificação da educação jurídica aplicada nas Universidades, com o intuito de formar profissionais aptos a buscar e exercer um Direito igualitário e inclusivo e não meramente a aplicar a lei de forma crua, sem uma contextualização e um olhar multidisciplinar e democrático, percebendo a individualidade de cada pessoa e a necessidade de inclusão das minorias.

Nesse contexto de reformulação da formação do estudante de Direito, representam os Núcleos de Práticas Jurídicas (Escritórios Modelos) das Universidades, institutos fundamentais para uma construção de operadores do direito comprometidos com uma aplicabilidade inclusiva e igualitária da justiça. Para atingir tal objetivo, faz-se indispensável a construção de projetos de pesquisa, ensino e extensão, voltados a uma atuação jurídica de combate às desigualdades sociais existentes.

A proposta construída e em fase de desenvolvimento para aplicação no Escritório Modelo da UENP intitula-se: “A situação do negro no sistema de justiça penal: atuação de escritórios modelos em cadeias públicas”, e visa ressignificar os dois principais objetivos das clínicas jurídicas existentes nos centros universitários: 1. A formação prática do estudante de direito e 2. A assistência à população por parte das Universidades, como forma de retornar à sociedade todo o conhecimento e aprendizado desenvolvidos com os estudos e pesquisas realizados no âmbito acadêmico.

A formação jurídica nas universidades somente é efetiva quando respeitado o binômio “teoria-prática”. Afinal, o cenário sociocultural brasileiro é rico e vasto demais para ser delimitado pelo já ultrapassado sistema de ensino proposto dentro das salas de aula. Nessa esteira, o escritório Modelo do CCSA/CJ UENP propõe um acompanhamento jurídico aos reclusos na Cadeia Pública de Jacarezinho/PR sob duas vertentes: aguçar a percepção da realidade social dos alunos da graduação e assegurar a efetivação das garantias fundamentais conferidas aos detentos.

A solução do problema de superlotação de instituições prisionais, e conseqüente desrespeito aos Direitos Humanos das pessoas em situação de prisão, não deve ser vinculada apenas a uma atuação estatal. A partir dessa premissa, o Núcleo de Práticas Jurídicas – Escritório Modelo – da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP intenta concretizar uma proposta de acompanhamento jurídico na Cadeia Pública de Jacarezinho/PR.

A referida pesquisa pauta-se em um estudo de caso único: a proposta de atuação do Núcleo de Práticas Jurídicas – Escritório Modelo, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, na concretização de um acesso à justiça penal para todas e todos em Jacarezinho/PR. Para tanto, propõe-se a formação de um acompanhamento jurídico, com o intuito de atender à demanda da população carcerária jacarezinhense, que se insere, em sua maioria, em um contexto de vulnerabilidade social e econômica.

Aplica-se, nesta pesquisa, o método dedutivo, ao partir da análise geral da atuação do Núcleo fora dos muros da Universidade e em prol da efetividade da Justiça Penal, até o estudo específico da necessidade de implementação de uma assistência jurídica na Cadeia Pública de Jacarezinho/PR. Além disso, trata-se de uma metodologia embasada na pesquisa ação, dado que supõe intervenção participativa dentro do objeto de estudo de caso, uma vez que os integrantes do Escritório Modelo/UENP são também os que realizam o estudo em pauta.

## **2 JUSTIÇA PENAL EXCLUDENTE: RACISMO INSTITUCIONALIZADO NAS PRISÕES**

O caos no sistema penitenciário brasileiro é incontroverso. A mera observação empírica dos noticiários televisivos estampa o Estado de Coisas Inconstitucional (STF, 2015) hodierno, de modo que a “violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade,

higidez física e integridade psíquica” cria um verdadeiro ciclo vicioso de ingresso no sistema prisional, submissão ao crime organizado (cujo comando se encontra dentro das penitenciárias), segregação social e reincidência.

Argumenta-se que a Lei de Execuções Penais possui teor garantista, conforme dispõe seu artigo 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 (BRASIL, 1984).

Contudo, se o referido diploma fosse de fato cumprido, evidentemente as taxas de reincidência e aumento da população carcerária não seriam tão alarmantes. Ora, se a Lei Penal se revela ineficiente, seus elementos essenciais estão em desarmonia.

Passa-se a questionar, portanto, o cerne da finalidade da lei penal brasileira. A Teoria Dialética Unificadora (ROXIN, 1999, p. 229), em tese adotada pelo legislador, mostra-se incompleta: o aspecto retributivo da pena é tão incisivo que sobrepuja as prevenções gerais e especiais, tornando-as praticamente inexistentes.

O encarceramento é acompanhado pela submissão do apenado a condições degradantes, em que lhe faltam espaço, luz solar, trabalho e saúde, ceifando lhe as condições necessárias para sua reinserção social.

Conforme ilustra Zaffaroni (2015, p. 20), “colocar uma pessoa numa prisão e esperar que ela aprenda a viver em sociedade, é como ensinar alguém a jogar futebol dentro de um elevador.” A realidade é que o elevador tupiniquim se encontra há tempos superlotado e precário. Nunca se encarceraram tantas pessoas como hoje.

A prática se revela ainda mais grave quando analisado o perfil do detento brasileiro: a cada 3 brasileiros encarcerados, 2 são negros ou pardos, conforme levantamento realizado pelo INFOPEN (2019). Abaixo, trecho de decisão proferida pela juíza da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas/SP nos autos de nº 0009887-06.2013.8.26.0114, a qual ilustra o alegado:

Em juízo, diga-se o réu foi colocado entre outras pessoas e vítima e a testemunha [nome suprimido] em nenhum momento apresentaram qualquer hesitação no reconhecimento. [...] **Vale anotar que o réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido.**

Esse racismo escancarado que fere a visão e embrulha o estômago de um leitor desavisado esconde sob si as raízes históricas tão mais profundas e graves do Racismo Institucional. Discreto, tem sua existência constantemente negada. Contudo, os frutos deste se encontram mais que visíveis nas periferias, favelas e, por fim, no cárcere.

Num recorte histórico, impossível não notar as semelhanças dos navios negreiros e do sistema prisional brasileiro. A população negra, retirada de seu seio familiar tem seus corpos

empilhados em um local de condições degradantes. Sua soltura é acompanhada pela completa incapacidade de reinserção social, sendo varridos para a periferia e fazendo surgir o crime e a mendicância como opções a serem consideradas. Conforme ilustra Borges (2018, p. 47):

A construção do Brasil foi sustentada na escravização de populações sequestradas do continente africano. O processo de colonização brasileiro, assim como em outros países das Américas, utilizou-se da mão de obra escravizada com foco na extração e exportação de recursos naturais. Foi um processo, portanto, baseado na violência.

Esse processo sistemático de opressão irradia seus efeitos na cultura pátria, sendo sensível tanto historicamente quando na realidade cotidiana.

Em 1830, o Código Criminal do Império do Brasil trazia consigo normas que permitem verificar as raízes do Racismo Institucionalizado no Ordenamento Brasileiro:

Art. 60. Se o réo for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoutes, e, depois de os solfrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o Juiz designa. (BRASIL, 1830).

Contudo, não é necessário ir longe. Em 1945, Getúlio Vargas no artigo 2º Decreto-Lei nº 7.967:

Art. 2º Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de **preservar e desenvolver**, na composição étnica da população, as **características mais convenientes da sua ascendência europeia**, assim como a defesa do trabalhador nacional. (BRASIL, 1945).

Os diplomas mencionados são a parte juridicamente sensível desse processo histórico de opressão à população negra. Somente é possível compreender a cosmovisão da classe média brasileira através de uma análise retrospectiva de causa x efeitos. O fato que resta incontroverso é a opressão da população negra através da carceragem.

Conforme elucida Nilo Batista (2002, p. 148):

Estamos assistindo ao surgimento de um novo sistema penal com características próprias e um projeto de impregnação do penal nas relações sociais para o qual dispõe de equipamentos comunicacionais inéditos e eficientes. Talvez a compreensão dos movimentos e estratégias deste sistema penal do capitalismo tardio no Brasil o fosse favorecido por uma breve menção aos seus três antecessores: o colonialismo mercantilista, o imperial-escravista e o republicano-positivista.

O autor arremata as ideias trazidas neste capítulo. A sistemática opressiva do sistema prisional encontra suas raízes ainda na escravidão brasileira, de modo que todo o contexto fático atual se encontra contaminado.

Urge a necessidade de rompimento desse ciclo vicioso que perdura desde o Império até os dias de hoje. Lado outro, somente se atribuirá cada vez mais nova roupagem ao Racismo Institucionalizado, privando a população negra de uma vivência digna junto à Sociedade Brasileira.

### **3 UMA PROPOSTA DE ATUAÇÃO PENAL DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UENP**

Em 18 de julho de 2018, publicou-se uma notícia no site da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), informando a inauguração das novas instalações do Escritório Modelo em Jacarezinho. Tal iniciativa representou um grande avanço para a Universidade, bem como para os alunos e população como um todo, tendo em vista que a partir de então, o Escritório estaria localizado dentro da própria Universidade, facilitando o acesso de todas e todos e a proximidade entre o público assistido e o corpo docente e discente da instituição (Assessoria de Comunicação Social, 2018).

A citada notícia de avanço e crescimento do Núcleo de Práticas Jurídicas expôs também uma limitação: “Há mais de 40 anos, o Escritório Modelo da UENP - antiga Fundinopi - presta serviços jurídicos à população local de baixa renda para casos das varas Cível, Família, Infância e Juventude” (Assessoria de Comunicação Social, 2018). Conforme exposto na matéria, os alunos da Universidade nunca vivenciaram uma experiência prática além do âmbito cível. Por essa razão, justifica-se e destaca-se a necessidade de implementação de uma vertente de atuação penal no Escritório Modelo da UENP.

Para concretizar essa proposta de atuação penal, intenta-se fornecer uma vivência aos alunos dentro do Sistema Prisional, para possibilitar um estudo da execução penal (pouco estudada nos cursos de Direito como um todo) e também para trabalhar um atendimento humano e a formação de uma consciência e responsabilidade social impossível de se adquirir por meio da doutrina e da legislação. Além disso, existe na cidade em que é localizada a Universidade, a real necessidade de um acompanhamento jurídico dentro da Cadeia Pública.

De acordo com informações fornecidas em 05 de junho de 2019, pelo chefe de carceragem da cidade Jacarezinho/PR, Murilo Onisco de Souza, atualmente 138 pessoas (130 homens e 08 mulheres) encontram-se em situação de prisão. Desse total, apenas o quantitativo aproximado de 23% são presos provisórios. O que demonstra uma irregularidade legal, tendo em vista que a pena oriunda de sentença penal transitada em julgado deve ser cumprida em penitenciária, e não em delegacias, sem a possibilidade de fornecer atividades educacionais e laborativas aptas a contribuir com a reinserção social do preso.

Cumprе ressaltar que a maioria dos presos de Jacarezinho/PR são de etnia parda e preta, o que acompanha os dados do INFOPEN trazidos na introdução deste texto: “a soma de pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totaliza 63,6% da população carcerária nacional” (INFOPEN, 2019). Tal qual ocorre no Brasil, em Jacarezinho/PR o racismo institucionalizado reflete-se no sistema prisional.

Outro dado de imprecindível análise refere-se às 08 mulheres em situação de prisão neste município, as quais se encontram em uma cadeia mista, ambiente claramente patriarcal em que, dentro de um contexto de privações, questões minimamente positivas como o maior espaço e a possibilidade de um maior número de banhos de sol serão, em sua maioria, ofertadas aos homens. Conforme preconiza a pesquisadora Olga Espinoza (2004), a questão da criminalidade feminina pode ser avaliada por meio de uma dimensão macroestrutural, ou seja, a mulher autora de crimes deve ser considerada a partir de sua vivência na sociedade patriarcal. O fato de a mulher adentrar no “mundo do crime” está também relacionado à opressão enfrentada por esta, inerente à condição em que se encontra de grupo minoritário silenciado em uma sociedade conservadora e machista. Assim, verifica-se outra problemática, também pouco trabalhada nos cursos de Direito, a invisibilidade da mulher e das questões de gênero no Sistema Prisional Brasileiro.

O Sistema Criminal vigente seleciona seus componentes, punindo de forma mais severa os grupos estigmatizados, dentre eles, as mulheres. Cumpre ressaltar que a criminalidade feminina engloba mulheres com características específicas: socioeconomicamente desfavorecidas, desprovidas de poder e participação social e, em sua maioria, da raça negra (ESPINOZA, 2004). Assim, vê-se que as mulheres, em principal as negras e pardas, não representam um grande quantitativo dentro dos estabelecimentos prisionais, entretanto, essa se demonstra mais uma razão para não permitir que, devido ao menor número, sejam completamente desconsideradas e invisibilizadas pela Justiça Criminal.

Segundo Espinoza (2004), tratar da criminalidade feminina não representa objeto de estudo muito frequente. Existem inúmeras pesquisas relacionadas à mulher como vítima de violência, entretanto, os estudos a respeito da mulher como autora de crimes, inserida em um contexto de criminalidade, ou ainda, em situação de prisão, são escassos. Os estudos referentes à referida situação precisam e devem ser fomentados dentro das Universidades, como forma de concretizar um ensino jurídico pautado em questões de gênero, raça e classe.

Faz-se perceptível o cultivado distanciamento social e científico da realidade aqui trabalhada: o racismo institucionalizado nas prisões do Brasil e, conseqüentemente, na Cadeia Pública de Jacarezinho/PR. Evita-se discutir o assunto, fato que somente contribui, de certa forma, para o crescimento da exclusão social vivenciada pelas pessoas inseridas na realidade prisional e punidos de forma desproporcional, sem o olhar necessário dos estudantes e profissionais da área jurídica para as questões de gênero e etnia.

Para entender a lógica jurídica e social por trás do processo de encarceramento e exclusão social no Brasil, deve-se primeiramente compreender o regime prisional vigente instituído no país,

embasado no modelo garantista<sup>3</sup>, o qual “se apoia em convenções e em tratados internacionais e, no Brasil, algumas de suas propostas foram incorporadas na Constituição de 1988 e em outros instrumentos legais” (ESPINOZA, 2004, p. 88). Assim, há uma proposta de defesa das garantias fundamentais de acusados e apenados, tendo por base, tanto a Constituição Federal, quanto legislações penais especiais.

Entretanto, o garantismo não é o único modelo penal que se reflete no ordenamento jurídico e no Sistema Penitenciário brasileiro. Além deste instituto, há também influência do “Movimento da lei e da ordem”, o qual defende uma rigidez do ordenamento como instrumento para instituição de funções preventivas do Direito Penal. “Tais normas se caracterizam pelo caráter intervencionista e simbólico, e seus seguidores acreditam ser necessário aplicá-las nas mais variadas relações sociais” (ESPINOZA, 2004, p. 89). O que ocorre, em resumo, é um endurecimento das leis penais, aumento das penas e instituição da pena de prisão como punição principal e preferencial.

Dentro dessa perspectiva, instituir uma prática penal dentro da Cadeia Pública de Jacarezinho, devidamente orientada e coordenada pelo Escritório Modelo da UENP, possibilitaria aos alunos do curso de Direito, uma formação jurídica consciente, humana e pautada em uma justiça penal constitucional apta a desenvolver uma aplicação justa da ciência jurídica e comprometida com o combate às desigualdades de gênero, raça e classe.

Entretanto, não se faz possível atingir uma grande mudança social apenas com uma abordagem jurídica positivista. De forma a demonstrar a necessidade de uma multiplicidade de pensamentos e ciências no combate às desigualdades, traz-se a concepção de Djamila Ribeiro (2017, p. 24): “Quando, muitas vezes, é apresentada a importância de se pensar políticas públicas para mulheres, comumente ouvimos que as políticas devem ser para todos. Mas quem são esses ‘todos’ ou quantos cabem nesses ‘todos?’”. O questionamento da filósofa feminista busca evidenciar a exclusão da mulher nesse “todos”, em principal, das mulheres negras. O gênero feminino ocupa um local de desigualdade social, encontrando-se, portanto, em situação de maior vulnerabilidade, assim como a raça negra, ponto principal de análise desta pesquisa. Em razão do exposto, conforme demonstra em sua obra “O que é lugar de fala?”, a pesquisadora expõe a necessidade de um olhar atento para a situação das mulheres negras na sociedade, em um suposto Estado Democrático de Direito.

Ao partir da argumentação de Djamila Ribeiro e aplicá-la na realidade prisional de Jacarezinho, verifica-se a inexistência de políticas públicas e penitenciárias voltadas para a reinserção social das pessoas em situação de prisão. Tratados como excluídos da sociedade, os

---

3 O modelo garantista pauta-se em um sistema de garantias individuais, no qual se respeitam os limites impostos pelo Direito, ao poder de punir, sendo próprio do constitucionalismo contemporâneo (CARVALHO, 2002).

detentos e as detentas não possuem voz ou lugar de fala. Prova-se o exposto a partir da veemente discordância da comunidade jacarezinhense em relação a construção de um presídio na cidade, medida que solucionaria, pelo menos por hora, o problema de superlotação e condições desumanas existentes na Cadeia Pública.

Em fevereiro deste ano (2019), ocorreu uma reunião com representantes da comunidade de Jacarezinho/PR para debater a construção no município de um Centro de Detenção e Ressocialização (CDR). Durante o feito, apresentou-se a seguinte situação:

Um dado alarmante que o magistrado Renato Garcia destacou é que seriam necessárias mais de 2.500 vagas no sistema prisional para comportar todos os presos sentenciados. Ele ainda contou que na última semana uma comitiva esteve na 12ª Subdivisão Policial (SDP) constatando que um espaço para 40 presos, atualmente é ocupado por 120 pessoas.

“Com a construção do CDR, o prédio onde atualmente está a delegacia na área central seria desativado e poderia ter uma outra finalidade para o Poder Público”, explicou o juiz Renato Garcia.

A Presidente da ACIJA, Ana Carla Molini, destacou que o Distrito Industrial foi um dos pontos cogitados, mas a entidade é contra. “Existe um projeto para a instalação de empresas no local”, argumentou. O Presidente da Câmara Municipal também ressaltou que é contra a instalação do CDR naquele local. “É necessário verificarmos outros locais que possam suprir as necessidades exigidas”, assinalou Fúlvio Boberg. (PORTAL JNN, 2019).

A notícia transcrita traz à tona alguns questionamentos: 1. Se um espaço que comporta 40 pessoas, possui atualmente cerca de 120 indivíduos, em quais condições estes estão vivendo, ou ainda, apenas sobrevivendo? 2. Seriam novas empresas mais importantes que proporcionar condições dignas de vida a 120 pessoas encarceradas, as quais em algum momento retornarão à sociedade? – Essas perguntas demonstram o quanto a Universidade precisa envolver-se cada vez mais nos problemas sociais que assolam Jacarezinho/PR. O comprometimento social e humano da população precisa ser fomentado, para que a discussão de implementação ou não de um presídio que se faz claramente necessário, não se resume e se restrinja a preconceitos, estigmas e ignorância oriundas de uma falta de alteridade e egoísmo humano.

#### **4 ESCRITÓRIO MODELO ITINERANTE: ACESSO À JUSTIÇA NA CADEIA PÚBLICA DE JACAREZINHO/PR**

A proposta de concretização de um acompanhamento jurídico às pessoas encarceradas na Cadeia Pública de Jacarezinho constroi-se a partir de uma inspiração oriunda do Plano do Projeto “Mutirão Carcerário no Estado do Paraná”, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Esse plano objetiva implementar três ações em prol do desencarceramento e tratamento humano da pessoa em situação de prisão: “a) efetividade da justiça criminal – diagnóstico das varas criminais e de execução penal; b) garantia do devido processo legal – revisão das prisões; c) reinserção social – projeto começar de novo” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009). Da mesma forma, o Escritório Modelo/UENP objetiva inserir os alunos da

Universidade em uma atuação jurídica de efetivação da justiça penal, garantindo aos presos os direitos que lhe são inerentes como pessoa humana, como também o cumprimento de uma real reinserção social. Trata-se de universidade pública, tendo a gratuidade como pressuposto de existência. Dessa forma, as atividades do núcleo se perfazem de verdadeira retribuição à população jacarezinhense, em paralelo à busca por uma formação acadêmica cada vez mais sólida e sensível às mazelas sociais.

A ideia de acompanhamento jurídico surgiu a partir da participação nas visitas realizadas pelo judiciário mensalmente à Cadeia Pública de Jacarezinho/PR. Por meio dessa experiência, constatou-se a necessidade de se prestar informação processual às pessoas encarceradas sobre a previsão de saída, progressão de regime e computo da remição, por exemplo. O atendimento dentro do estabelecimento prisional beneficiaria os detentos e proporcionaria um enorme aprendizado aos alunos, para que estes compreendam a desnecessidade de endurecer o regime penal e a necessidade de um outro olhar, mais humano e social.

A aplicação de um Direito Penal simbólico<sup>4</sup>, no qual leis mais severas visam a combater a criminalidade, somente acarreta em penitenciárias superlotadas, mas não traz uma melhora aos índices de segurança pública. O Direito Penal deixa de ser concebido como última *ratio*, ao mesmo tempo em que a pena de prisão transforma-se em “solução” para os problemas da sociedade com relação ao fenômeno do crime e ao medo presente nas ruas. O que não se compreende, ou não se quer compreender, é que a limitação econômica, social e má administração do país são as verdadeiras causas dos altos índices de criminalidade.

Existem estudos coniventes com o exposto, como por exemplo, a obra “Política Criminal Atuarial: A criminologia do fim da história”, de autoria de Maurício Dieter, onde se descreve a lógica atuarial da seguinte forma: “uma vez definido com precisão o perfil desses criminosos, bastaria capacitar os agentes da repressão para identifica-los e classifica-los e habilitar o sistema prisional para neutraliza-los por um longo período de tempo” (DIETER, 2013, p. 88, grifo do autor). A pesquisa referente à política atuarial criminal, instituída nos Estados Unidos, remete a uma “nova” proposta de resolução da criminalidade, através da análise de dados estatísticos aptos a apontar quais os possíveis criminosos e, em sequência, encarcerá-los. Há, entretanto, clara semelhança e relação com os estudos lombrosianos que definiam o “criminoso nato”, o qual, neste caso, seria um tipo de “criminoso produto/resultado da sua realidade social”. Busca-se reduzir drasticamente os índices de criminalidade, sem conduto, realizar as reformas estruturais necessárias.

---

4 O Direito Penal Simbólico define-se como um modelo que utiliza o medo e a insegurança proveniente de uma sociedade em situação de criminalidade, para justificar um rigor desnecessário e desarrazoado, no qual os infratores a serem penalizados são previamente definidos: indivíduos excluídos e autores de delitos patrimoniais. Por não resolver a questão da criminalidade, em médio prazo, essa forma de se aplicar o Direito Penal traz descrédito ao próprio ordenamento (BIANCHINI; ANDRADE *In*: BRITO; VANZOLINI, 2006).

Ao aplicar a presente proposta à realidade brasileira, seria atingido o seguinte resultado: ao invés de o Estado garantir a todos o acesso à educação, saúde, moradia, segurança e outras garantias básicas para uma vida digna, este passaria a perseguir e encarcerar os excluídos da sociedade, representados, em sua maioria, por mulheres e homens, negros, e pardos, de classes sociais menos abastadas. Porém, vê-se que atualmente essa “suposição” realmente vem ocorrendo no Brasil, embora de forma velada. As pessoas em situação de prisão, por exemplo, constituem, em grande maioria, negros e pardos, com formação educacional incompleta e poucos recursos financeiros. Além de injustos, os resultados da instituição do “movimento da lei e da ordem” no Brasil são etiquetados e ineficazes. Pois, o que realmente “abastece” as penitenciárias brasileiras são os “ladrões de galinhas” e não os autores dos crimes “do colarinho branco”.

Em relação aos modelos garantista e “da lei e da ordem” aplicados no país, tem-se que: “ambas as tendências coexistem no universo legislativo brasileiro, o que explica a não-existência de um modelo de política criminal coerente a aplicar. Como resultado dessa incoerência, o cidadão comum não consegue se sentir protegido pelo Estado” (ESPINOZA, 2004, p. 90). E é justamente esse medo, o qual atinge proporções cada vez maiores, o responsável pelo número crescente de adeptos a um Direito Penal do inimigo, simbólico e, conseqüentemente, superficial, perigoso e com destinatários previamente eleitos.

As conseqüências do respaldo cada vez maior do “movimento da lei e da ordem” refletem diretamente e de forma negativa na situação do encarceramento, que vem crescendo de forma extremamente rápida a cada ano. Dentro desse contexto de caos do Sistema Penal e, conseqüentemente, dos estabelecimentos prisionais, a formação humana, pautada em uma consciência e responsabilidade social por parte dos estudantes de Direito demonstra-se não apenas necessária, mas imprescindível.

## **CONCLUSÃO**

A lógica penal atual pune de forma mais severa negros e pobres, o que constata a segregação social existente. Institucionaliza-se o racismo dentro das prisões, preenchidas em grande maioria por pessoas de etnia/raça preta e parda. Além da superlotação resultante da vontade cada vez maior de encarcerar e culpabilizar pessoas, ao invés de instituir políticas públicas e combater as desigualdades sociais, há o esquecimento social e jurídico dos indivíduos em situação de prisão.

A realidade vigente não poderá, como já não o vem sendo, alterar-se apenas com a publicação de novas leis e aplicação de um Direito, historicamente e por premissa, branco e opressor. Por essa razão, propõe-se a instituição de um ensino jurídico pautado em uma vivência humana da prática em execução penal por parte dos alunos da Universidade Estadual do Norte do

Paraná – UENP, atividade esta a ser coordenada e orientada pelo Núcleo de Prática Jurídica da Instituição (Escritório Modelo).

Para realização desse intuito, o referido Escritório almeja elaborar um projeto de extensão e aderir a visita à Cadeia Pública de Jacarezinho às suas atividades. Planeja-se uma ida semanal, às quartas-feiras, das 09h às 11h (horário do banho de sol dos detentos), para sanar dúvidas processuais relacionadas ao cumprimento da pena, como por exemplo: computo de remição, possibilidade de revisão criminal, levantamento da pena, progressão de regime, entre outros. Assim, haverá uma aproximação entre os alunos e profissionais da UENP e a comunidade jacarezinhense, especialmente a população prisional, possibilitando um crescimento profissional e humano ao corpo docente e discente, bem como a transcendência do conhecimento para além dos muros da Universidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. **UENP inaugura novas instalações do Escritório Modelo em Jacarezinho**. Site Oficial da UENP, 2018. Disponível em:

<<https://uenp.edu.br/cj/item/2117-uenp-inaugura-novas-instalacoes-do-escritorio-modelo-em-jacarezinho>>. Acesso em 10 jul 2019.

BATISTA, Nilo. Os Sistemas Penais Brasileiros *in* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Controle penal:** (des) aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. - Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BIANCHINI; ANDRADE, Léo Rosa. Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias. In: Brito, Alexis Augusto Couto de; Vanzolini, Maria Patrícia (Coord.). **Direito penal:** aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

BORGES, Juliana. **Mulheres negras na Mira:** Guerra às Drogas e Cárcere Como Política de Extermínio. Revista Internacional de Direitos Humanos, 2018. Disponível em <<https://sur.conectas.org/mulheres-negras-na-mira/>>. Acesso em 16 de julho de 2019.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221763>>. Acesso: 17 de julho de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.967, de 18 de Setembro de 1945**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7967-18-setembro-1945-416614-norma-pe.html>>. Acesso: 17 de julho de 2019.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais, 11 de julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso: 17 de julho de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS - INFOPEN 2019 - Jun/17**. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev->

12072019-0721.pdf>. Acesso em 26 Jun 2019.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Pereira Regina de. **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Homenagem a Alessandro Barata. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. V. 2

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário no Estado do Paraná**. Plano do Projeto. Paraná, 2009. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Mutirao-Carcerario-CNJ.pdf>. Acesso em 05 jun 2019.

DIETER, Maurício Stegemann. **A Política Criminal Atuarial: a Criminologia do "fim da história"**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

PORTAL JNN. **Comunidade de Jacarezinho debate construção de presídio**. Tribuna do Vale: Jacarezinho, 2019. Disponível em: < <https://www.portaljnn.com/post/comunidade-de-jacarezinho-debate-constru%C3%A7%C3%A3o-de-pres%C3%ADdio>>. Acesso em 11 jul 2019.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Justificando, 2017.

ROXIN, Claus . **Derecho Penal. Parte General** . Tradução para o espanhol de Diego Manuel Luzón Pena. Madri, Civitas, 1999.

SOUZA, Murilo Onisco de. Informações Cadeia Pública Jacarezinho/PR. **Departamento Penitenciário**, DEPEN, 2019. (Comunicação oral).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INFORMATIVO n° 798**. Brasília. 07 a 11 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em 17 de julho de 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan; 2015.

# A VIOLÊNCIA DE GÊNERO SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

João Pedro Gindro BRAZ<sup>1</sup>

Guilherme de Oliveira TOMISHIMA<sup>2</sup>

## RESUMO

A violência de gênero é fruto de sociedades baseadas em estereótipos, os quais se encontram enraizados em solos onde a fertilidade se identifica por pensamentos e comportamentos oriundos do preconceito. Tais violações por vezes se encontram de forma surdina na sociedade, sendo, portanto, cada debate sobre o assunto um verdadeiro passo em direção ao progresso no combate ao problema. A presente obra tem por escopo o estudo da violência de gênero, seus efeitos e suas implicações no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Na oportunidade, observou-se a relevância e a especificidade da temática, tomando-se como base entendimentos já assentados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em importantes julgamentos e tratados internacionais de proteção dos direitos humanos das mulheres. Destaca-se neste trabalho a gravidade do problema e suas consequências, de tal modo a ser enquadrada pela jurisprudência como forma de tortura, merecendo a devida atenção dos Estados-parte, sob os quais persiste a obrigatoriedade pela adoção medidas protetivas e preventivas para o combate de tais violações. Os efeitos nefastos dessas espécies de violações são trazidos por esta obra justificam o seu tratamento tão singular, especialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência de Gênero. Sistema Interamericano. Discriminação. Direitos Humanos. Jurisprudência.

## ABSTRACT

Gender violence is the fruit of societies based on stereotypes, which are rooted in soils where fertility is identified by thoughts and behaviors derived from prejudice. Such violations are sometimes sullenly present in society, and therefore every debate on the subject is a real step towards progress in tackling the problem. The present work has the scope of the study of gender violence, its effects and its implications within the framework of the Inter-American System of Human Rights. The relevance and specificity of the issue was noted on the occasion, based on understandings already established by the Inter-American Court of Human Rights in important international judgments and treaties for the protection of the human rights of women. In this paper, the seriousness of the problem and its consequences are highlighted, so as to be framed by jurisprudence as a form of torture, deserving the due attention of the States Parties, under which it remains mandatory to adopt protective and preventive measures to combat of such violations. The

- 
- 1 Discente do 9º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Toledo Prudente. Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Sociedade da mesma instituição. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Campeão e melhor orador da II Competição de Julgamento Simulado da Corte Interamericana de Direitos Humanos realizado pela OAB-SP. Membro da equipe do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP na Inter American Moot Court Competition, em Washington DC. Representante do Grupo de Pesquisa Estado e Sociedade na Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. joapedrogindro@gmail.com.
  - 2 Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Supervisor de prática jurídica no Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Participante do Program of Advances Studies on Human Rights na American University - Washington College of Law, AU- WCL(2018). Membro da equipe do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP na Inter American Moot Court Competition, em Washington DC. Vencedor da II Competição de Julgamento Simulado da Corte Interamericana de Direitos Humanos realizado pela OAB-SP. guilherme.tomishima@hotmail.com

harmful effects of these species of violations brought by this work justify their unique treatment, especially by the Inter-American Court of Human Rights and the Commission.

**KEYWORDS:** Gender Violence. Inter-American System. Discrimination. Human Rights. Jurisprudence.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao decorrer das gerações, a mulher conquistou ainda mais espaço no mercado de trabalho em igualdade de condições ao homem. A luta por isonomia entre gêneros sempre esteve presente na história da humanidade sendo que, diante das fortes repressões ocorridas na antiguidade, externavam-se de modo mais discreta em tempos mais remotos, enquanto que nos dias atuais, após a Revolução da Mulher, oficializada pela ONU em 1975, torna-se cada vez mais evidente.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão já se debruçaram sobre o tema, posicionando-se a fim de tornar sua ideal político-jurídica vinculante em relação aos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, mediante suas decisões consultivas e jurisprudenciais no combate à violência de gênero.

Nesse jaez, a presente obra chama a atenção para importantes casos já submetidos ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos que versaram sobre a violência de gênero, devendo-se também ter em consideração as violências sexuais, as discriminações culturais, as atribuições femininas baseadas em estereótipos, a vulnerabilidade da mulher e, por fim, o enquadramento dessas violações como tortura, conforme os requisitos estabelecidos nas sentenças da Corte IDH.

Assim, utilizando-se dos métodos histórico e dedutivo, abordou-se, inicialmente, os avanços do direito internacional na proteção às mulheres. Após, mediante os mesmos métodos, analisou-se a violência de gênero sob a jurisprudência da Corte IDH, essencialmente nos emblemáticos casos *Presidio Miguel Castro Castro vs México* e *Campo Aldoeiro vs México*, bem como os instrumentos interamericanos de proteção aos direitos humanos das mulheres.

Por conseguinte, uma vez construída a ideia de violência de gênero, como uma violação do direito à integridade física, psíquica e moral das vítimas, do seu direito à dignidade e, nos casos que leve à morte, o direito à vida, ressaltou-se os parâmetros jurisprudenciais com o fim de caracterizar a violência de gênero como uma forma de tortura, elencando seus requisitos e, portanto, tutelada por norma *jus cogens*, não passível de revogação ou exceção. Outrossim, buscou-se demonstrar a necessidade de uma reparação específica quando se trata de violações em virtude do gênero, haja vista que as mulheres suportam maiores consequências e óbices em sua reinserção à sociedade, de modo que é imprescindível o treinamento dos agentes estatais na condução e investigação dos casos envolvendo a violência de gênero.

Por fim, apresentou-se a conclusão, salientando os avanços na proteção dos direitos das mulheres, sobretudo na América Latina, por meio da atuação da Corte IDH e da Comissão, ao estabelecer os deveres de atuação dos Estados, no entanto, a despeito dos importantes avanços na proteção às liberdades das mulheres, resta ainda um árduo caminho a percorrer, sendo de suma importância os órgãos do SIDH tenham oportunidades de abordar, com maior frequência, questões relacionadas com a problemática da violência de gênero.

## **2 DOS AVANÇOS DO DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO AO DIREITO DA MULHER**

A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a mulher, sancionada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU em 1993 trouxe a violência contra a mulher como um problema a ser tratado de forma específica pela comunidade internacional.

Em âmbito americano, a Organização dos Estados Americanos (OEA) adotou em 1994 o primeiro instrumento internacional a reconhecer as violações dos direitos humanos das mulheres em razão de violência, como sendo uma situação problemática generalizada na sociedade. Em seu preâmbulo, descreve que: “a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente as suas próprias bases”.

Ressalta-se que a Convenção de Belém do Pará se baseia em uma dupla obrigação, sendo elas: i) eliminar todas as formas de discriminação; e, ii) promover a igualdade de gênero, tendo o princípio da isonomia como uma obrigação vinculante e um objetivo aos estados signatários (MERON, 1984, p. 58).

Em que pese a relevância do tema e a expressiva adesão dos países, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, foi o instrumento internacional em que os Estados realizaram o maior número de reservas. Nos ensinamentos de Luis Henkin (1999, p. 364), tais atos tiveram como justificativa fundamentos de matéria religiosa, cultural e legal, e chegou, inclusive, ao ponto de alguns países acusarem o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de realizar a imposição de um “imperialismo cultural e intolerância religiosa”, haja vista a busca pela igualdade entre homens e mulheres em âmbito familiar.

Nesse prisma, a dicotomia que persiste nos espaços público e privado restringe a mulher ao ambiente doméstico familiar. Em outras palavras, ainda que se promova a democratização dos espaços públicos para maior participação feminina nas áreas sociais, restará ainda o espaço privado como desafio. No mais, Flávia Piovesan (2012, p. 268) acrescenta que:

“A despeito, ressalte-se que o Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de

Discriminação contra a mulher, em sua Recomendação Geral n. 21, destacou ser dever dos Estados desencorajar toda noção de desigualdade entre a mulher e o homem, quer seja afirmada por leis, quer pela religião ou pela cultura, de forma a eliminar as reservas que ainda não incidam no art. 16 da Convenção, concernente à igualdade de direitos no casamento e nas relações familiares”.

As disposições trazidas pela Convenção proporcionaram verdadeiras melhorias ao combate à violência de gênero. Dentre tais avanços destacam-se a possibilidade das “ações afirmativas”, sendo estas verdadeiras medidas de caráter compensatório que se justificam na busca pela remediação de desvantagens históricas, a fim de que se minimizem os resultados de tempos remotos discriminatórios (PIOVESAN, 2012, p. 269).

Assim, em que pese o grande avanço na proteção dos direitos das mulheres pelos tratados internacionais, imperioso debruçar os olhos, em uma análise crítica, da resistência, ainda que discreta, das nações em aceitar o igualitarismo entre homens e mulheres.

### **3 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA CORTE IDH**

O caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru foi o primeiro julgado pela Corte IDH em que se analisou a violência de gênero e a aplicação da Convenção de Belém do Pará. Em seu voto, o juiz Garcia Ramirez salientou que a Corte IDH “(...) ainda não havia recebido consultas ou litígios que tivessem como personagem principal – ou, ao menos, como um dos personagens principais, de maneira específica – a mulher” (RAMIREZ, 2009, p.2).

Em 1992, nos dias 6 e 9 de maio, o Estado do Peru ordenou a realização da operação denominada “Remoção 1”, cujo objetivo se pautava no traslado de uma quantidade aproximada de 90 mulheres detidas no estabelecimento prisional “Miguel Castro Castro”. No ato, os policiais utilizaram forte armamento bélico, explosivos e bombas de gás lacrimogênio, vomitivas e paralisantes contra os detentos (Penal Miguel Castro Castro, 2006, p. 31), até chegar ao ponto do uso de foguetes lançados de helicópteros. O ataque resultou na morte de dezenas de presos e os sobreviventes sofreram golpes e agressões por parte das forças militares.

Em que pese a violação dos direitos humanos de homens e mulheres do estabelecimento prisional, a Corte IDH considerou que a mulheres vítimas dos atos de brutalidade foram afetadas de maneira diferenciada dos homens, haja vista alguns serem dirigidos especialmente contra elas e em até maiores proporções (Penal Miguel Castro Castro, 2006, p. 81). À corroborar com esta narrativa, cumpre ressaltar que algumas mulheres na prisão estavam grávidas e, as que não estavam, acabaram por abandonar seu sonho de ser mãe, em razão da busca incessante pela justiça.

Assim, além do caso demonstrar uma expressa violação ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, que dispõe sobre a abstenção de agentes estatais de qualquer violação dos direitos

humanos das mulheres, há de se ter em mente a prejudicialidade da condição maternal. Como muito bem apontado no pelo Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, houve violação ao projeto e a vivência da maternidade, devendo esta ser cercada por cuidados, respeito e reconhecimento (TRINDADE, 2009, p.17).

Ressalta-se que, em sua sentença, Corte IDH utilizou o caso Akayesu do Tribunal Penal Internacional de Ruanda para seu embasamento na definição do que seria propriamente a violência sexual<sup>3</sup>, que será abordada mais cuidadosamente na sequência da obra.

Por sua vez, também aplicando a Convenção de Belém do Pará, o Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México consagrou-se como o primeiro julgamento pela Corte IDH em que se analisou a violência de gênero como uma violação estrutural dos direitos humanos das mulheres.

Neste ponto, leciona Caio Paiva (2017, p. 402) que “o adjetivo estrutural significa, aqui, a difusão da violência cometida contra mulheres, diferente, portanto dos atos cometidos no caso Penal Miguel Castro Castro, em que a ação violenta foi única ou excepcional”. Em outras palavras, não se tratou de um ato individualizado, mas sim de uma um conjunto de ocorrências que devem ser analisadas sob um prisma coletivo, no caso, o alto índice de homicídios na Ciudad Juárez, no México, em razão da forte influência de uma cultura de discriminação contra as mulheres.

Os fatos abordaram o desaparecimento de três mulheres: Laura Berenice Ramos, Claudia Ivette Gonzáles e Esmeralda Herrera Monreal. Diante, do contexto discriminatório evidenciado, os agentes estatais se mostraram indiferentes para com as denúncias apresentadas, fazendo comentários, inclusive, de que as vítimas poderiam estar com seus namorados (Campo Algodoeiro, 2009, p. 52). Posteriormente, os corpos foram encontrados jogados em uma plantação de algodão, com sinais de violência sexual.

Além de ser pioneiro na análise da violência estrutural de gênero, o caso González e outras vs. México também foi o primeiro a reconhecer o feminicídio como crime e também a abordar de modo mais específico a competência do Tribunal nas violações a Convenção de Belém do Pará.

Em resumo, o caso Penal Miguel Castro Castro vs Peru foi o primeiro caso em que a Corte IDH reconheceu a violência de gênero, enquanto que em González e outras (“Campo Algodoeiro”)

---

3 O termo foi utilizado pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda na sua decisão referente ao caso Akayesu em setembro de 1998. De acordo com o Tribunal, a violência sexual é definida como “a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. The Tribunal considers sexual violence, which includes rape, as any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact”. Traduzindo para o vernáculo: uma invasão física de natureza sexual, praticada contra uma pessoa em circunstâncias coercitivas. O Tribunal considera a violência sexual, que inclui o estupro, como qualquer ato de natureza sexual que é cometido em uma pessoa que está sob circunstâncias coercitivas. A violência sexual não se limita à invasão física do corpo humano e pode incluir atos que não envolvem penetração ou mesmo contato físico (Case of Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR,1998, par. 688)

vs. México analisou-se pela primeira vez a violência estrutural de gênero. Lembrando-se também que a primeira aplicação da Convenção de Belém do Pará pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos se deu no caso Maria da Penha vs. Brasil.

#### 4 DOS PARÂMETROS DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Para determinar, nos casos concretos, se os atos de violência sofridos pelas supostas vítimas de violência podem ser considerados como violência de gênero, tanto a CIDH como a Corte IDH se referem ao art. 5 da Convenção Americana, que consagra o direito à integridade física, em conjunto com a Convenção de Belém do Pará. Em ambos os instrumentos pode-se classificar a violência contra a mulher, sob a análise do art. 2, da CADH, que inclui a violência física, sexual e psicológica e que tenha lugar dentro da família, na comunidade ou seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes.<sup>4</sup>

Nesse sentido, a Corte IDH se referiu na Recomendação Geral nº 19, do Comitê CEDAW, ao classificar a violência baseada no sexo como “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, o que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.<sup>5</sup> Assim, a definição de discriminação contra a mulher inclui a violência baseada no sexo, isto é, a violência dirigida contra a mulher porque i) é mulher ou ii) por afetá-la de forma desproporcional, de modo que a impede gravemente de gozar dos direitos e liberdades em igualdade com homens.<sup>6</sup>

A Corte IDH considerou a violência sexual como uma “forma paradigmática” de violência de gênero, onde dedicou-se em maior quantidade e qualidade no para seu desenvolvimento argumentativo em sua jurisprudência.<sup>7</sup>

Segundo critério utilizado pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR), a Corte não enumerou taxativamente os atos materiais que constituem violência sexual e identificou como “acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”.<sup>8</sup> Isso permitiu ao órgão incluir na noção de violência sexual – junto com a violação, ou seja uma invasão física de caráter sexual – outros abusos da mesma natureza, como o

4 CIDH, Informe nº 54/01, Caso Maria da Penha Fernandes (Brasil), 16/04/2001, par. 53; Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Peru, par. 276; Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, par. 128-136.

5 Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Peru, par. 276; Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, par. 128-136.

6 Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, par. 395.

7 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, par. 119; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, par. 109.

8 Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Peru, par. 306; Caso Fernández Ortega y otras vs. México, par. 119.

nu forçado de mulheres ou meninas.<sup>9</sup>

Em relação à violência sexual, por outro lado, o Tribunal Penal Internacional da ex-Yugoslavia entende que a violação “no implica necesariamente una relación sexual por vía vaginal”, como se considera tradicionalmente, mas inclui, também, todo “acto de penetración vaginal o anal [...] mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos”.<sup>10</sup>

Outrossim, tanto a Corte IDH como a Comissão destacaram, reiteradamente, que a violência contra as mulheres constitui uma violação do direito à integridade física, psíquica e moral das vítimas, do seu direito à dignidade e, nos casos que leve à morte, o direito à vida.<sup>11</sup> Ambos os órgãos consideraram que a violência sexual vulnera aspectos essenciais da vida privada da vítima, constitui “una intromisión em su vida sexual” e anula seu “derecho a tomar libremente las decisiones respecto com quien tener relaciones sexuales”, determinando a completa perda do controle sobre “las deliberaciones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas”.<sup>12</sup> Assim, classificam a referida violência como uma violação do art. 11 da CADH (proteção à honra e à dignidade), posto que o conteúdo inclui também a proteção à vida privada, cujo alcance “comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones com otros seres humanos”.<sup>13</sup>

Desta forma, tanto Corte IDH como a Comissão afirmaram que a violência baseada no gênero constitui uma grave forma de discriminação, e que, entre suas principais causas e consequências, está a criação e difusão de estereótipos de gênero. Portanto, inclui-se ao dever do art. 1.1 da CADH o de não discriminação de gênero, vinculando os Estados-partes.

## 5 DA VIOLÊNCIA SEXUAL ENQUANTO TORTURA

O Estado pode praticar atos de violência de gênero tanto por condutas de seus agentes, como mediante a promulgação de leis e políticas pública.

A jurisprudência interamericana tem sido constante em classificar a violência sexual cometida pelos agentes estatais como uma forma de tortura.<sup>14</sup> Para isso, a Comissão e a Corte IDH utilizaram-se da definição que sugere a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, nas quais considera como tortura um ato que tenha sido realizado por um agente do estado, ainda

---

9 Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro, par. 306.

10 Ibidem, par. 310.

11 CIDH, Observações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a sua visita ao Haiti em abril de 2007., OEA/Ser.L/V/II.131, 2/03/2008.

12 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, par. 129; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, par. 119.

13 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, par. 129; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, par. 119.

14 Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, par. 312; Caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú, Informe N° 5/96; Caso Ana Beatriz y Celia González Pérez vs. México, Informe N° 53/01.

que com sua anuência ou tolerância, e cumpridos os seguintes requisitos: i) haja sido intencional; ii) cause severo sofrimento físico ou mental, e iii) tenha sido praticado com determinado fim ou propósito.<sup>15</sup>

No caso Castro Castro, a Corte IDH assinalou que a violência sexual cometida por um agente do Estado contra uma mulher detida é um ato especialmente grave e reprovável, e uma violação flagrante dos direitos humanos, em consideração à vulnerabilidade da vítima e o abuso de poder utilizado pelo agente.<sup>16</sup> Já nos casos Fernández Ortega e Rosendo Cantú, a Corte IDH teve a oportunidade de determinar que a violência sexual pode constituir tortura ainda que praticado fora das instalações estatais.<sup>17</sup>

Em relação ao sofrimento severo à vítima, este deve ser considerado inerente à prática da violência sexual, ainda que não exista prova de lesões ou enfermidades físicas.<sup>18</sup> Assim, são inadmissíveis as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que impeçam a investigação e sanção dos responsáveis das violações graves dos direitos humanos,<sup>19</sup> tais como a tortura, uma vez que são proibidas por contrariarem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos,<sup>20</sup> isto é, são normas *ius cogens* e, portanto, como crime de lesão a humanidade, imprescritível.<sup>21</sup> Em outros termos, as normas *jus cogens* são imperativas e não admitem disposição em contrário, salvo se a norma posterior ampliar o campo de sua aplicação.<sup>22</sup>

As graves violações de direitos humanos devem ser investigadas e seus responsáveis punidos, acima de qualquer justificativa de prescrição de suas condutas, ainda que em detrimento da irretroatividade da lei penal.

A intencionalidade, por sua vez, diz respeito à existência de um ato intencional, enquanto que o sofrimento físico ou mental severo deve-se analisar as condições específicas de cada caso,<sup>23</sup> como as características do tratamento e pessoais.<sup>24</sup> Assim, por pressuposto, a violência sexual, por si só, produz um trauma insuperável com o tempo, e distinto de todos os outros, em virtude da

---

15 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, par. 120; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, par. 110.

16 Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, par. 408.

17 Corte IDH, Caso Fernández Ortega vs. México, par. 128; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otras vs. México, par. 118.

18 Corte IDH, Caso Fernández Ortega vs. México, par. 124; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otras vs. México, par. 114.

19 Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, par. 128; Corte IDH, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, par. 132; Corte IDH, Caso Anzualdo Castro vs. Perú, par. 59.

20 Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, par. 41.

21 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, pars. 99, 105 e 106.

22 CVDT. Artigo 53.

23 Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otras vs. México, par. 112.

24 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, par. 74; Caso Bueno Alves vs. Argentina, par. 83.

humilhação física e emocional.<sup>25</sup>

Por fim, a finalidade enquanto violação sexual, equiparando-se à tortura, tem por fim, entre outros, intimidar, degradar, humilhar, castigar e controlar a pessoas que a sofre<sup>26</sup>.

Outrossim, no âmbito da Comissão IDH se encontram as considerações sobre os atos de violência cometidos pelos Estados mediante leis e políticas públicas, em particular as que se referem ao uso da esterilização para controlar o comportamento reprodutivo da população feminina.<sup>27</sup> Ainda, reiteradamente a Comissão enfatizou a importância de garantir que as mulheres podem exercer o direito de controlar sua fecundidade sem sofrer alguma forma de violência ou coerção.

## **6 DA REPARAÇÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA**

Tratando-se de violação às mulheres vítimas de discriminação, é necessária uma reparação sob a perspectiva de gênero, pois é diferente o impacto causado por violações similares a homens e mulheres, já que estas podem ser vítimas de violações específicas em seus direitos.<sup>28</sup>

À vista disso, a adição de uma perspectiva sensível ao gênero deveria influenciar tanto na determinação do universo das vítimas como na definição das modalidades de reparação, de modo que o primeiro elemento seria de fundamental importância, pois, além de valorizar as formas e consequências específicas das violações sofridas pelas vítimas diretas do caso concreto, também teria em consideração os efeitos dessas violações sobre o coletivo de mulheres do qual pertencem as vítimas. O segundo elemento, por sua vez – as medidas reparatórias, se deveria tratar de privilegiar uma reabilitação eficaz às vítimas e, de igual importância, resultar na determinação de medidas capazes de impulsionar transformações de contexto estrutural.<sup>29</sup>

Ocorre que a partir do caso Maria da Penha a jurisprudência interamericana deu início a uma amostra progressiva de evolução às reparações nos casos de violência de gênero. Outrossim, no paradigmático Caso Campo Algodonero a Corte IDH demonstrou uma verdadeira evolução na matéria, pois levou em consideração, de forma expressa, pela primeira vez, “los impactos

---

25 Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro, par. 311. Cfr. também ECHR, Case of Aydin v. Turkey (GC), par. 83.

26 ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, par. 597, y CAT, Case V.L. v. Switzerland, Decision of 22 January 2007, U.N. Doc. CAT/C/37/D/262/2005, pars. 8-10.

27 CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, par. 38-39; Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA Ser.L/V/II. Doc.61, 22/11/2011, pars. 61-63.

28 AGUILAR CASTAÑÓN, Gail. Violence against Women and Reparations from a Gender Perspective before International Courts, 2009; RUBIO-MARÍN, Ruth. y DE GREIFF, Paul. Women and Reparations, no The International Journal of Transitional Justice, 2007, pp. 318-337.

29 RUBIO-MARÍN, Ruth. y DE GREIFF, Paul. Women and Reparations, no The International Journal of Transitional Justice, 2007, pp. 331.

diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres”,<sup>30</sup> de modo a pontuar a necessidade de que, identificada uma situação de discriminação estrutural, as reparações tenham um viés transformador, em outras palavras, um efeito não só restitutivo mas também corretivo.

Verifica-se que o gênero influencia em todos os principais componentes do clássico modelo reparatório, levando em consideração a: i) indenização, sendo em uma quantidade adicional em favor das vítimas, com o fim de oferece-las uma forma de reparação material que lhes permita reconstruir suas vidas; ii) reabilitação, ao determinar medidas adequadas a satisfazer as necessidades próprias das mulheres e fazer frente às consequências que a violação tem sobre elas; iii) satisfação e garantia de não repetição, na implementação de medidas a dismantelar o contexto de desigualdade estrutural e o sentimento de impunidade que possibilitam e proporcionam a violência em razão do gênero.

Ainda, Caso Campo Algodonero a Corte IDH determina ao Estado que indeniza as vítimas pela falta de garantia aos seus direitos à vida, integridade pessoal e liberdade pessoa, levando em consideração a violência em razão do gênero a que foram submetidas as vítimas. Além disso, determinou-se atenção médica, psicológica ou psiquiátrica às vítimas, enfatizando a necessidade de contar com profissionais que “tengan la experiencia y formación suficiente para tratar [...] los traumas psicológicos ocasionados como resultado de la violencia de género”.<sup>31</sup> Estabelece, também, a obrigação do Estado de reconhecer publicamente sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos inerentes às vítimas, além de levantar um monumento em sua memória, “como forma de dignificarlas y como recuerdo del contexto de violencia que padecieron y que el Estado se compromete a evitar en el futuro”.<sup>32</sup> Por fim, dispôs que: i) a realização de investigações que permitam identificar e punir os responsáveis por atos como o desaparecimento, maus-tratos e assassinato das vítimas, de modo que sejam realizadas por funcionários capacitados em matéria de discriminação por razão de gênero; ii) a criação de parâmetros, mediante protocolos de atuação e critérios de investigação e perícia, com o fim de combater os diversos tipos de violência contra as mulheres, sob uma perspectiva de gênero; iii) a implementação de programas direcionados a agentes públicos que visem a superação de estereótipos socioculturais sobre as mulheres; e, iv) a realização de programa educacional destinado à sociedade, a fim de a delicada situação de discriminação de gênero.

Com o fortalecimento no combate à violência de gênero, como na decisão do Caso Fernández Ortega, não só em decorrência da situação especial de vulnerabilidade da vítima por ter sofrido uma dupla discriminação, mas também pelo fato da Corte IDH haver ordenado medidas de

---

30 Corte IDH, Caso González y otras vs. México, par. 451.

31 Ibidem, par. 549.

32 Ibidem, pars. 471-472.

reparação com perspectivas coletivas, levando em consideração os atos de violência, suas especificidades e consequências, uma vez que se tratava de mulheres indígenas.

Ainda, destaca-se, em particular, a importância de implementação de medidas de reparação que permitam reintegrar a vítima em seu espaço social e de lhe garantir a manutenção de sua identidade cultural.

## **7 DO ACESSO À JUSTIÇA ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

A discriminação contra as mulheres configura uma espécie de castigo, ou seja, tortura, de modo que, sob a perspectiva de gênero, as obrigações dos artigos 8 e 25 da CADH são implementadas pela Convenção de Belém do Pará, ressaltando-se que o artigo 7.b desta Convenção determina aos Estados prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher.<sup>33</sup>

O direito de acesso à justiça compreende obrigação *jure* e de fato,<sup>34</sup> determinante para assegurar recursos judiciais adequados ante as violações de direitos humanos.<sup>35</sup> E, às mulheres indígenas, o acesso à justiça integra a prevenção, investigação, sanção e ressarcimento das violações de direitos humanos na perspectiva de gênero multidisciplinar no sistema judicial, englobando uma proteção efetiva que leve em consideração suas particularidades, características econômicas, sua especial vulnerabilidade, seus valores e costumes,<sup>36</sup> devendo-se tais características serem levadas em conta para superação de eventuais obstáculos.<sup>37</sup> Evidencia-se a importância de tal direito dentro do cenário de discriminação histórica e cultural que vivem as comunidades indígenas, de modo que sua cultura e tradições devem ser distanciadas de qualquer discriminação.<sup>38</sup>

Em relação às mulheres indígenas, em virtude das dificuldades geográficas, econômicas, culturais e linguísticas, que costumeiramente afetam comunidades indígenas na América,<sup>39</sup> é preciso respeitar medidas do Comitê da CEDAW como: i) criação de programas para educação jurídica básica geral que levem em conta o analfabetismo das mulheres indígenas;<sup>40</sup> ii) promover campanhas

---

33 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, par. 193; Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, par. 185.

34 CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007 par. 5.

35 CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007 par. 26.

36 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México; Corte IDH, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, par. 96.

37 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, pars. 184 e 213.

38 CIDH, Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30/14, 21 de diciembre de 2014, par. 118.

39 CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65, 28 de diciembre de 2011 párr. 199; CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, par. 305.

40 Naciones Unidas, Comité de la CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Guatemala, CEDAW/C/HON/CO/6, 12 febrero 2007, par. 12.

de conscientização jurídica e educação do público a fim de encorajar e capacitar as mulheres;<sup>41</sup> e, iii) proporcionar assistência jurídica, eliminando todos os obstáculos que se emanam no caminho das mulheres que recorrem aos tribunais.<sup>42</sup> Instrumentos esses que devem ser efetivos.<sup>43</sup>

Outrossim, é dever dos Estados oportunizar toda pessoa ser ouvida dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial.<sup>44</sup> De outro lado, o artigo 25.1 da Convenção Americana estabelece a obrigação estatal de oferecer às pessoas submetidas à sua jurisdição, um recurso judicial efetivo,<sup>45</sup> persistindo a obrigação de promover às vítimas de violações de direitos humanos os devidos recursos judiciais (artigo 25), garantindo-se o devido processo legal (artigo 8.1).<sup>46</sup>

Em tempos de paz, a jurisdição penal militar deve ser restrita e ser destinada à proteção de interesses jurídicos especiais, sendo estes vinculados às funções próprias militares atinentes a proteção de bens jurídicos militares,<sup>47</sup> não havendo competência para processar autores de violações de direitos humanos<sup>48</sup> e prevalecendo a competência da justiça civil.<sup>49</sup>

Tratando-se de crime de estupro é incabível intervenção do foro, com base nos precedentes da Corte IDH.<sup>50</sup> De outro modo, exurgem as violações do direito ao juiz natural, devido processo legal e do acesso à justiça,<sup>51</sup> já que o juiz deve sempre prezar pela imparcialidade.<sup>52</sup>

Imperioso ressaltar que a participação no processo penal deve ter como escopo a respectiva reparação do dano e, em mesmo patamar, fazer efetivo os direitos à verdade e à justiça, ultrapassando a esfera militar,<sup>53</sup> algo que exige do juiz incumbido do julgamento de uma demanda que rechace qualquer preconceito e, do mesmo modo, ofereça garantias objetivas suficientes à sanar

---

41 Naciones Unidas, Comité de la CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Honduras, CEDAW/C/HON/CO/6, 10 de agosto de 2007, par.13.

42 Naciones Unidas, Comité de la CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Honduras, CEDAW/C/HON/CO/6, 10 de agosto de 2007, par.13.

43 Naciones Unidas, Comité de la CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Honduras, CEDAW/C/HON/CO/6, 10 de agosto de 2007, par.15.

44 Corte IDH, Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, par. 74; Caso Yvon Neptune vs. Haití, par. 79; Caso Bayarri vs. Argentina, par. 101.

45 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, par. 180; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, par. 164.

46 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, par. 237; Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, par. 182; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, par. 166.

47 Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, par. 172.

48 Corte IDH, Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, par. 200; Caso Escué Zapata vs. Colombia, par. 105.

49 Corte IDH, Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, par. 118; Caso La Cantuta vs. Perú, par. 142; Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, par. 200.

50 Corte IDH, Caso Cantoral Benavides, par. 115; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, par. 124.

51 Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, par. 128; Caso Palamara Iribarne vs. Chile, par. 143; Caso Tiu Tojin vs. Guatemala, par. 118; Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

52 Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, par. 112; Caso 19 Comerciantes, par. 167; Caso Escué Zapata vs. Colombia, par. 101.

53 Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México, par. 175.

todas as dúvidas que o réu ou a comunidade podem suscitar a respeito do juízo.<sup>54</sup>

No mais, a subordinação hierárquica dos militares aliados à inexistência de inamovibilidade e/ou educação jurídica para atuar em cargo de juiz ou promotor impede a imparcialidade, o que demonstra latente violação aos artigos 8 e 25 da CADH.<sup>55</sup>

Ainda, a imparcialidade também se aplica a autoridade pública não judicial,<sup>56</sup> o que inclui a esfera ministerial uma vez que também estão sujeitos às violações das garantias judiciais e proteção judicial.

Ademais, a o dever de investigar violações de direitos humanos é uma obrigação de meio e não de resultados<sup>57</sup> e exige uma conduta comissiva dos Estados, que devem ser adotadas para garantir os direitos contidos na CADH, assumida como um dever jurídico próprio, promovendo uma investigação séria, imparcial, justa e efetiva.

Diante desse dever, cientes da ocorrência do fato, as autoridades estatais devem, *ex officio* e sem demora, tomar as providências para uma investigação séria, imparcial e efetiva.<sup>58</sup>

A inexistência de denúncia por parte das vítimas não pode ser utilizada como escusa da responsabilização do Estado quanto ao seu dever de investigar, já que a obrigação geral de garantia aos direitos à vida, integridade e liberdade pessoal, deriva da obrigação de investigar os casos de violações desses direitos, isto é, do artigo 1.1 da CADH em conjunto com o direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido.<sup>59</sup> De igual modo, o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará impõe aos Estados-Parte a obrigação de tomar as devidas diligências para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Destarte, diante de um ato de violência sistemática contra a mulher, é de suma importância que as autoridades levem as investigações adiante com determinação e eficácia para que assim a violência contra a mulher seja, de fato, erradicada bem como se conquiste a confiança de outras vítimas perante às instituições estatais.

Diz expressamente o Protocolo de Istambul<sup>60</sup> que os Estados-partes devem garantir que i) a declaração da vítima seja realizada em um ambiente cômodo e seguro, que lhe conceda privacidade e confiança, ii) a declaração da vítima seja registrada de forma tal que se evite ou limite a necessidade de sua repetição, iii) seja oferecido atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma contínua se assim for requerido, por meio de um

54 Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, par. 56; Caso Flor Freire Vs. Ecuador, par. 168.

55 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, par. 177.

56 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, par. 105.

57 Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú, par. 93.

58 Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, par. 192.

59 Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, par. 142; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, par. 115; Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, par. 298.

60 Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Protocolo de Istambul, inter alia, pars. 67, 77, 89, 99, 101 a 103, 155, 162, 163, 170, 171, 224, 225, 260, 269 e 290; O.M.S., Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, inter alia, pp. 17, 30, 31, 34, 39 a 44 e 57 a 74.

protocolo de atendimento cujo objetivo seja reduzir as consequências do estupro, iv) seja realizado imediatamente um exame médico e psicológico completo e detalhado por pessoal idôneo e capacitado, preferivelmente do sexo que a vítima indique, oferecendo-lhe que seja acompanhada por alguém de sua confiança, se assim o desejar, v) sejam documentados e a possível autoria do fato, assegurando outras provas como a roupa da vítima, investigando de forma imediata o lugar dos fatos e garantindo a correta cadeia de custódia, e coordenados os atos investigativos e manejada diligentemente a prova, tomando amostras suficientes, realizando estudos para determinar e vi) seja oferecido acesso à assistência jurídica gratuita à vítima durante todas as etapas do processo.

Importante salientar, inclusive, que tais parâmetros também são adotados pela Corte IDH.<sup>61</sup> Da obrigação geral de garantia dos direitos à vida, integridade pessoal e liberdade pessoal, deriva a obrigação de investigar os casos de violações desses direitos, conforme o artigo 1.1 da CADH em conjunto com o direito substantivo a ser amparado, protegido ou garantido.

## CONCLUSÃO

Verifica-se, após a análise dos pronunciamentos dos órgãos de proteção aos direitos humanos, que tem sido realizado um esforço para aplicar, sobretudo, as normas da Convenção Americana sob uma perspectiva de gênero, seja nos casos em que a mulher figure como sujeito principal da relação jurídica ou naqueles em que a violação aos seus direitos forme parte de um contexto mais amplo e generalizado de violação. Assim, tanto a Corte IDH como a Comissão reconheceram formas de vitimização específica que sofrem as mulheres e as classificaram como forma de discriminação.

Outrossim, a aplicação da Convenção de Belém do Pará permitiu que os órgãos do Sistema Interamericano realizassem fundamentais apontamentos sobre a proteção transnacional sobre a violência de gênero, de modo que a liberdade sexual da mulher passou a ser um dos bens jurídicos violados em atos de violência sexual, ademais dos tradicionais direitos à integridade física e à dignidade da pessoa.

Ainda, pode-se concluir que a violência sexual em face de mulheres e meninas configura-se em tortura, quando cometidos por agentes estatais, ocasionando severo sofrimento a vítima, que inerente à violação sexual, ainda que inexistente a prova de lesões ou enfermidades físicas, de modo que a violência de gênero deve ser reparada e investigada segundo suas peculiaridades, já que, em uma similar violação, as consequências são mais gravosas às mulheres, sobretudo no que diz respeito à reinserção na sociedade.

Com a crescente proteção aos direitos das mulheres, mediante os instrumentos

---

61 Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, par. 502.

internacionais e à atuação dos órgãos do SIDH, passa-se a delinear, com maior precisão, os deveres de atuação dos Estados, determinando-se maior diligência na prevenção e investigação dos atos de violência de gênero, fixando critérios jurídicos que permitam atribuir ao Estado atos de violência cometidos por particulares.

A despeito dos importantes avanços na proteção às liberdades das mulheres, ainda faltam um árduo caminho a percorrer, de modo que é de suma importância que a Corte IDH tenha oportunidades de abordar, com maior frequência, questões relacionadas com a problemática da violência de gênero, como ocorreu nos casos Penal Miguel Castro Castro vs. Peru, Rosendo Cantú y outra vs. México, Fernández Ortega y outro vs. México e Gonzáles y otras (Campo Algodonero) vs. México, de modo a pronunciar-se e desenvolver o tema. Assim, não só se alcançaria um fortalecimento na proteção às vítimas nos casos concretos, por meio de sentenças judiciais obrigando os Estados, mas também daria maior visibilidade as questões de gênero dentro do SIDH, vinculando, desta forma, os Estados-partes.

## REFERÊNCIAS

CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007 par. 5.

\_\_\_\_\_. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011.

\_\_\_\_\_. Informe nº 54/01, Caso Maria da Penha Fernandes (Brasil), 16/04/2001.

\_\_\_\_\_. Observações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a sua visita ao Haiti em abril de 2007, OEA/Ser.I/V/II.131, 2/03/2008.

\_\_\_\_\_. , Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30/14, 21 de diciembre de 2014.

Corte IDH. Caso 19 Comerciantes.

\_\_\_\_\_. Ana Beatriz y Celia González Pérez vs. México.

\_\_\_\_\_. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.

\_\_\_\_\_. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.

\_\_\_\_\_. Caso Anzualdo Castro vs. Perú.

\_\_\_\_\_. Caso Barrios Altos vs. Perú.

\_\_\_\_\_. Caso Bayarri vs. Argentina.

\_\_\_\_\_. Caso Bueno Alves vs. Argentina.

\_\_\_\_\_. Caso Cantoral Benavides vs. Perú.

- \_\_\_\_\_. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú.
- \_\_\_\_\_. Caso Durand y Ugarte vs. Perú.
- \_\_\_\_\_. Caso Escué Zapata vs. Colombia.
- \_\_\_\_\_. Caso Fernández Ortega y otro vs. México.
- \_\_\_\_\_. Caso Flor Freire Vs. Ecuador.
- \_\_\_\_\_. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua.
- \_\_\_\_\_. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.
- \_\_\_\_\_. Caso Gonzáles y otras (Campo Algodonero) vs. México.
- \_\_\_\_\_. Caso La Cantuta vs. Perú,
- \_\_\_\_\_. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia.
- \_\_\_\_\_. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.
- \_\_\_\_\_. Caso Palamara Iribarne vs. Chile.
- \_\_\_\_\_. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Peru.
- \_\_\_\_\_. Caso Radilla Pacheco Vs. México
- \_\_\_\_\_. Caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú.
- \_\_\_\_\_. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.
- \_\_\_\_\_. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela.
- \_\_\_\_\_. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala.
- \_\_\_\_\_. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala.
- \_\_\_\_\_. Caso Yvon Neptune vs. Haití.
- \_\_\_\_\_. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Protocolo de Istambul.

HENKIN, Louis et al. **Human Rights**. New York: New York Foundation Press, 1999.

International Criminal Tribunal or Ruanda (ICTR). Case of Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. Case No. ICTR-96-4-T. Decision of: 2 September 1998.

Naciones Unidas, Comité de la CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Guatemala, CEDAW/C/HON/CO/6, 12 febrero 2007.

\_\_\_\_\_. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Honduras, CEDAW/C/HON/CO/6, 10 de agosto de 2007.

MERON, Theodor (ed). **Human rights law-making in the United Nations: a critique of instruments and process**. Oxford: Claredon Press, 1986.

O.M.S., Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**, 2. Ed. – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 13. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

# CULTURA E EDUCAÇÃO COMO FATOR CIDADÃO DENTRO E FORA DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS, E A CRIMINOLOGIA CULTURAL

Luis Felipe Dupim VIOTTO<sup>1</sup>

## RESUMO

A modernidade é hoje evidenciada em seu apogeu, contudo as mudanças das últimas décadas ultrapassam a tecnologia. As relações sociais se transformaram, e o extremo individualismo dá espaço para a estigmatização de círculos sociais, que por sua vez são expostos a criminalidade devido a inobservância do Estado. A cultura se torna, a partir disso, uma amalgama social que efetiva a inclusão social do cidadão, construindo uma identidade como coletivo dentro de uma sociedade individualizada. A juventude é hoje um dos grupos que mais sofre com o desemprego e faltas de condições básicas, que podem ser associadas com o surgimento da violência. Portanto, a presente pesquisa objetiva analisar as consequências dos obstáculos que a juventude e outros grupos marginalizados enfrenta pra consolidar sua cultura, e como o estudo da criminologia agrega para a discussão da criminalização de manifestações culturais emergentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminologia; Direito Penal; Cultura

## ABSTRACT

The modernity is today highly showed in its peak, but the changes of the least decades breakthrough technology. The social relations change, and the individualism give space to discrimination of some social circles, then are also exposed to criminality caused by the blinding of the state. The culture becomes social union that makes effective the social inclusion, building a identity of a collective inside a individualized society. The youth are today one of the groups that are most affected with unemployment and the leak of fundamental necessities, that can be associated with the violence appearance. Therefore, the present research seeks do an analysis the consequences of the obstacles that the youth and others groups must breakthrough to consolidate there culture, and how the criminology studies have to gain in the discussion about criminalization of new cultural identities.

**KEYWORDS:** Criminology; Criminal Law; Culture

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, observa-se uma modernização exponencial, ou seja, o contexto social no qual a sociedade se encontra tende a sofrer mudanças cada vez mais drásticas. Não só a tecnologia, mas as relações sociais também são alvo de constantes mutações que influenciam o modo que o coletivo entende sua própria realidade.

Tal qualidade contemporânea acaba gerando um conflito de identidades entre gerações nunca antes tão visível. Por conseguinte, torna-se dificultosa a construção da concepção de uma sociedade, que mesmo com suas inerentes diferenças, compartilhava de um entendimento comum.

Dentro dessa pluralização de valores, a cultura possui um papel decisivo para integrar o

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Turma LI 2022. Poeta e Ator pelo grupo teatral Boca Amarela localizado no interior paulista.

indivíduo em um determinado grupo social com o qual possui congruências. É através de manifestações culturais (teatro, música, pintura) que agrupamentos de indivíduos constroem seus ditames éticos e morais.

Em esfera fática, o abismo temporal estimula a marginalização de certas manifestações sociais (cultura, educação) que não constituem o cotidiano de parte da sociedade. Ou seja, certas formas de comunicar a identidade de um grupo são interpretadas como impróprias pelo restante da sociedade, ou até mesmo são combatidas pelo Estado, não pertencente a este mesmo grupo.

Dessa forma, alguns grupos são privados de moldarem sua própria identidade através da cultura, devido a supressão da sociedade e da administração pública. Tal reação corrobora com o distanciamento desse grupo com o coletivo, facilitando, devido a inobservância do Estado, a proximidade deste com ilicitudes.

Por sua vez, o Estado condicionado a opinião pública passa a atuar seletivamente sob grupos que não possuem boa visibilidade, associando estes, cada vez mais, para um prognóstico desviante.

Neste trabalho, visa-se conceber uma análise sobre a influência dialética que integrar um indivíduo a um grupo, partindo de manifestações culturais, pode impactar as possibilidades deste se envolver com a ideia de criminalidade. Utilizando, para isso, o método hipotético-dedutivo, fazendo referência, tanto a relato de casos, quanto a doutrinas pertinentes.

Primeiramente, objetiva-se compreender o real papel da cultura em moldar identidades de grupos em uma sociedade moderna plural, principalmente no comportamento dos grupos sociais modernos, e como isso afeta consistentemente o respeito as normas sociais, positivadas ou não. Além de evidenciar a dificuldade do indivíduo em pertencer a um grupo frente a modernidade líquida.

Já em segundo momento, será feita a análise crítica sobre o ciclo da criminalidade e de como a mitigação da identidade (individual e coletiva) favorece para a permanência do ser na prática de comportamentos desviantes.

Por fim, o trabalho discorrerá sobre a criminologia crítica e seu papel para a interpretação da visão social sobre manifestações culturais emergentes que invade a atuação seletiva do Estado, utilizando para isso o *labeling approach*. Para isso se colocará em debate a sugestão legislativa 17/2017, surgida da iniciativa popular que personifica os conflitos entre as massas e as manifestações culturais de grupos marginalizados.

Em amplo espectro, o presente trabalho intenta promover maior entendimento acerca da origem da criminalidade em esferas, direta ou indiretamente não assistidas pela sociedade. Entendendo assim, a atuação do Estado acerca da presença de grupos emergentes, e de como essa

atuação possui potencial em influenciar toda a percepção que as massas possuem da cultura produzida por esses grupos.

## **INDIVÍDUO EM SOCIEDADE: COMO A CULTURA COLABORA NO DESENVOLVIMENTO DE UMA IDENTIDADE COLETIVA**

Com a modernidade, a sociedade vive sobre a evidente evolução tecnológica, porém os agrupamentos sociais também se adaptaram as exigências modernas. Dessa forma, partindo das aglomerações em burgos por volta do século XV, evidencia-se que o fato de o ser humano estar inserido em uma organização social maior que ele transforma suas relações de trabalho, além da maneira com que este lida com as relações sociais. (BAUMAN, 2000)

Devido a essa constante metamorfose social, a tendência é que grupos sociais emergentes (jovens) busquem o distanciamento dos ideais pertencentes aos grupos sociais já estabelecidos (adultos), ao modo que aqueles mais recentes se solidificam sob aspectos sociais pelos quais grupos já consolidados não experienciaram.

Os adolescentes, [...], se reúnem em grupos que podem ser mais ou menos fechados, mas sempre apresentam ao mundo uma identidade própria, diferente do universo dos adultos e dos outros grupos. No mínimo, são comunidades de estilo regradas por traços de identidade claros e definidos. (CALLIGARIS, p. 1, 2000)

Segundo Baumant (2009), as grandes aglomerações retiram do indivíduo a capacidade de assimilar o contexto social influenciado por características com as quais esse não se familiariza. Dessa forma, grupos sociais que não compartilham de um mesmo escopo principiológico tendem a se afastar.

Tal afastamento pode resultar na marginalização da cultura de certos grupos. A partir do momento que manifestações que não possuem uma congruência valorativa com a maioria da sociedade são submetidas à lei, enquanto aquelas que ressoam com um entendimento comum são melhor absorvidas. (OLIVEIRA, 2006)

Com uma alta densidade populacional, as regiões tendem a se limitar pelo critério socioeconômico, ora por condomínios fechados, ora por bairros carentes do aparelho estatal. Dessa forma, pode-se identificar o que Oliveira (2006) determina como “guetos voluntários”, aglomerações da elite que selecionam “intrusos”, e “guetos involuntários”, que são espaços precários onde a população marginalizada é “controlada”.

Esse fenômeno suscita em produção cultural ímpar, ao modo que, grupos se organizam no intuito de expressar suas características moldadas ao ambiente que se estabelecem. As aglomerações sociais utilizam das diversas modalidades de manifestações culturais para demonstrarem o contexto social na qual surgiram e suas respectivas deficiências.

Os jovens, como um grupo social, são, demograficamente, a maior população do Brasil e por conseguinte carecem de uma assistência estatal que os proporcione condições fundamentais garantidas constitucionalmente.

Tal contexto é agravado pelo fato de que no Brasil temos um grande contingente de jovens, o grupo mais numeroso da pirâmide demográfica, para quem são destinadas precárias políticas públicas em um cenário de acentuadas desigualdades sociais e vivendo uma dupla rejeição, como no caso dos países em que se combina preconceitos de classe e de raça. (OLIVEIRA, 2006)

A falta de políticas afirmativas e da efetividade de direitos sociais expõem grupos de menor prestígio social ao subdesenvolvimento e a exclusão social, que segundo Kazmierczak (2010) determina-se pelo fato de certos grupos não possuírem pleno acesso a direitos que correspondem a necessidades do ser humano.

A inobservância estatal combinada com a negligência da segurança pública, favorece o surgimento da violência e da criminalidade, que por sua vez se torna mais gritante em áreas povoadas por grupos marginalizados socialmente nomeados por Passeti (2004) de *underclasses*.

A associação entre índices sociais precários com a ilicitude ocorre, em um primeiro momento, pois o indivíduo encontra na prática do delito uma resposta financeira, que não lhe foi possível graças a deficiência de políticas públicas em relação à educação e demais necessidades básicas.

A maioria dos entrevistados (87,10%) acredita que a violência é gerada por falta de apoio de um Estado (governo), onde relataram que a educação é deficitária, e com isso diminui a qualidade de vida causando o desemprego, sendo o estado considerado, portanto, ausente por não proporcionar uma real e igualitária qualidade de vida à sua população. (ARMANI, p. 267, 2010)

A falta de qualidade de vida é fator determinante que transformam ambientes expostos a violência. Isto ocorre pela inaplicabilidade de garantias fundamentais, que se prendem ao caráter escrito da lei, e não são observadas em zonas de marginalização social. (ALVES, 1992)

Dessa forma, segundo Oliveira (2006), o fato da juventude contemporânea ser um grupo sem amplo acesso à educação ou mercado de trabalho, corrobora para sua marginalização. Tal marginalização, por sua vez, produz um estigma de certas manifestações culturais mais vulneráveis, ao modo que, essa se constrói e comunica contextos sociais já mal-vistos pela sociedade.

Ou seja, a não observância do Estado à cultura produzida pela juventude exporta não só a carência de políticas afirmativas de incentivo, mas também produz o entendimento falho que automaticamente associa tal grupo com a criminalidade. Toda essa estigmatização prejudica toda a produção artística e cultural que possibilitariam a inserção do indivíduo em um grupo, e ajudariam a este reencontrar sua identidade em meio a uma modernidade cada vez mais individualista.

Portanto, a juventude hoje sofre sequelas de uma marginalização institucionalizada

(partindo da inércia estatal frente a um grupo evidentemente excluído socialmente) que não só aproxima o jovem da criminalidade, como também cerceia sua inclusão como propriamente cidadão. Ao modo que, a possibilidade de expressar produção intelectual ou artística, ou simplesmente de se expressar livremente é uma garantia fundamental positivada constitucionalmente.

A Constituição Federal em seu Artigo 5º, incisos IV e IX respectivamente pronunciam sobre a liberdade de expressão inerente a qualquer cidadão e também sobre a liberdade referente a qualquer produção intelectual, ou artística, e demais entre formas. (BRASIL, 1988)

Similarmente garantia constitucional, o direito social a Educação é fator relevante, que quando ausente prejudica a inserção de qualquer indivíduo no mercado de trabalho, além de prejudicar a inclusão social do cidadão.

Segundo Freire (1980), é necessário que se resguarde, através da educação, parâmetros básicos que possibilitem um desenvolvimento humanitário e cidadão. Ou seja, é na concretização da norma constitucional que a administração pública se envolve em favor da desmarginalização de grupos sociais que cresceram sobre um contexto alheio a sociedade circundante.

É conferindo direitos sociais básicos e estimulando a cultura que o Estado atinge as raízes da violência.

Esta falta de qualidade na vida do brasileiro tem levado muitas pessoas a entrarem para o mundo da violência, pois é neste mundo que elas encontram o auxílio dos “criminosos”, que, nas favelas, substituíram o Estado. [...] Esta falta de qualidade de vida para a maior parcela da população brasileira pode ser considerada e entendida como uma violência cultural, social, econômica, e educacional, pois a qualidade de vida de uma população [...] é a capacidade que o meio tem de oferecer os requisitos básicos para seu desenvolvimento completo. (RICKLEFS Apud ARMANI, p. 257, 2010)

Portanto, a juventude, como parte integrante dos cidadãos, carece de garantias fundamentais positivadas que não os atingem factualmente. Essa carência expõe parte da juventude marginalizada à violência, fato este que é intrinsecamente conexo com a prática de delitos.

Também como consequência da marginalização, a sociedade passa a estigmatizar certas expressões culturais, que se tornariam útil para a formação da identidade de um coletivo emergente suprimido na sociedade.

## **O INCENTIVO A EDUCAÇÃO E CULTURA DENTRO DO SISTEMA PRISIONAL**

Associada ao surgimento da violência, a falta de condições básicas, que expõe áreas à criminalidade, também se torna responsável por sustentar um ciclo social que tende a se perpetuar. Dentro dessa realidade, o infrator raramente se conecta com a possibilidade de se distanciar da prática de delitos. Ao modo que, o indivíduo acaba adquirindo, somente por meio do ato ilícito,

itens que o proporcionem algo pelo qual o Estado se encarrega o dever de conceder.

Os participantes revelaram que a entrada e permanência no *mundo do crime* se associava a uma condição de privação de recursos. A histórica desigualdade social brasileira favorece a marginalização de classes de menor poder aquisitivo, com consequente aumento da criminalidade nesses nichos como forma de acessar bens de consumo e produtos de sobrevivência básica. (COSCIONI, p. 112, 2018, *grifo do autor*)

Coscioni (2018), por meio de uma análise psicológica de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas, evidencia sobre a dificuldade que o jovem infrator enfrenta em enxergar um caminho diferente daquele pelo qual foi exposto anteriormente. Segundo a pesquisa, grande número dos entrevistados “manifestaram-se criticamente com relação aos acontecimentos passados e presentes, ciente das (im)possibilidades de mudanças no futuro.”, afirmando que eles possuem “projetos de vida associados à permanência no *mundo do crime*”.(p. 115, *grifo do autor*)

Em consonância, Ferreira (2011), ao entrevistar os privados de liberdade, solidifica a análise que associa a entrada e permanência da prática de delitos com a falta de condições básicas.

Fora do ambiente estritamente juvenil, o sistema prisional, responsável por privar a liberdade dos criminalmente punidos, possui um viés de desindividualização. Ou seja, os internos são submetidos a mesmas características e padrões, pelos quais se fabricam uma uniformização do grupo. (Barcinsky, 2014)

O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. (GOFFMAN, p. 24, 1974)

Existe, dentro dos estabelecimentos prisionais, uma supressão da cultura construída no “mundo externo”, o que leva o indivíduo ao distanciamento de suas especificidades dentro de um coletivo. Essa supressão pode desencadear na perda de identidade, tornando dificultosa a reconexão com o mundo externo.

Segundo Coimbra (2006), a criminalidade foi, na sociedade moderna, associada a pobreza e áreas carentes socialmente. A estigmatização dessas acarreta na aceitação da sociedade acerca da não concretude de direitos fundamentais, que passam a ser seletivos e não universais, ou seja, os direitos humanos acabam tendo sua eficácia restringida às áreas favorecidas.

Tanto a medida socioeducativa (quando referente ao menor infrator), quanto a pena privativa de liberdade, quando não catalisam uma real oportunidade de recolocação social do interno favorecem para a continuidade da exposição do indivíduo, no mundo externo, as raízes nas quais se originam a violência.

Kazmierczak (p. 26, 2010), ao analisar a recolocação do indivíduo a partir do mercado de trabalho, destaca:

Ao invés de se aprimorar o aparato social com o fito de propiciar políticas públicas de inclusão dos trabalhadores marginalizados ou a intervenção enérgica na economia para resguardar e fomentar a geração de empregos, o Estado recrudesce o sistema penal a fim de conter parte daqueles excluídos os quais passaram a cometer condutas desviadas.

Em consonância, Wacquant (2011, p. 13) cita a utilização do sistema carcerário brasileiro no enrijecimento da execução penal que acarreta na: “[...] entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis.” Trata-se portanto, nas prisões, a predominância do aspecto punitivo da pena, que é exponencialmente evidenciado pelas condições degradantes as quais os internos são submetidos.

Dessa forma, o aparente intuito dos estabelecimentos prisionais, não consonante com aquele atribuído legislativamente, de somente punir, não se faz capaz de abordar a criminalidade como um fato social. Sendo que, contextos sociais dos presos se tornam tão abissais, que este acaba por encontrar, dentro da prisão (mesmo em condições desumanas, o que revela o abismo entre as realidades brasileiras), acesso a direitos que lhe foram negados no mundo externo, como, por exemplo, o direito a saúde. (Barcinski, 2017)

Se tratando da tendência do interno dar continuidade à prática de ato ilícito, esta não é unicamente relacionada a falta de necessidades básicas. Sendo que, o indivíduo acaba utilizando da criminalidade como meio de adquirir algo de cunho material que o dignifica dentro de uma sociedade capitalista.

[...] É possível inferir que os sujeitos pesquisados utilizam do crime para satisfazer suas necessidades ‘necessárias’ que lhes vão garantir não só a sobrevivência biológica, mas também as necessidades socialmente criadas pelo próprio modo capitalista de produção. (FERREIRA, p. 530, 2011)

Portanto, para que o ciclo, denominado por Ferreira (2011) como “Crime-prisão-liberdade-crime”, seja descontinuado, impera-se o entendimento que as políticas de detenção necessitam de oferecer condições práticas para recolocação do indivíduo na sociedade externa.

O ideal institucional de reintegração social, atribuído aos estabelecimentos penitenciários, encontra na concretização de cursos profissionalizantes, ou no incentivo à educação, formas de trazer a individualidade do ser que foi sistematicamente uniformizada.

Como política pública um tanto que recente, segundo Machado (2015), a profissionalização do preso é um decisivo fator que favorece sua reinserção dentro do mercado de trabalho, que, por conseguinte concretiza a ressocialização.

Tal importância é incorporada à lei de execução penal (lei nº 7.210/1983), que estabelece o objetivo da sentença criminal como a ressocialização do interno no Artigo 1º, determinando a execução da assistência educacional na seção V.

O viés humanista contido no complexo legislativo que determina a execução da pena

surge, segundo Mirabete (2004, p. 25-26), surge como uma “tendência moderna” da escola positiva do direito penal, onde passava-se a enxergar a pena como método ressocializador, e não mais como um castigo unicamente punitivo.

Freire (1967) traz uma visão que se alinha ao aspecto moderno da execução penal. Ao tratar da educação como ferramenta civilizatória, evidencia-se como o sistema educacional, sob a ótica freiriana, se torna capaz de integrar sua sociedade como indivíduo racional. Quando esse indivíduo se torna eventualmente objeto de uma sanção penal, a realidade não se faz diferente.

A assistência educacional deve ser uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também àquele que está preso, constituindo-se, neste caso, em um elemento de tratamento penitenciário como meio para a reinserção social. (MIRABETE, 2004, p. 75)

Logo, o ato de reconectar o indivíduo com suas especificidades restaura sua identidade dentro de um grupo no qual se encontrava homogêneo. Tal ação prepara o processo de ressocialização, já que tanto o processo de educação ou de profissionalização corroboram para a integração do indivíduo, após o período de privação, a grupos.

Sendo assim, a restauração da cultura, por meio de políticas públicas dentro do sistema prisional, se torna responsável por construir uma dificuldade na reprodução do ciclo da criminalidade sobre o indivíduo.

## **CRIMINALIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES CULTURAIS E A CRIMINOLOGIA CULTURAL**

A subjugação de certos grupos sociais específicos, que moldava sua identidade coletiva a partir de sua cultura, iniciada pelo senso comum, ou seja, pelo pensamento social das massas, evoluiu a ponto de influenciar o funcionamento estatal. Partindo disso, as organizações públicas, direta e indiretamente, acabam por minar a liberdade de manifestação, agindo de forma desigual em áreas marginalizadas.

Essa evolução se denomina segundo Vieira (2011) como etnocídio e possui um objetivo claro: eliminar a identidade cultural de certo grupo humano. Para isso, um conjunto de condutas (estatais ou não) minam a credibilidade de manifestações culturais, nublando sua legitimidade e importância como fator civilizador.

Transpondo tal conceito à realidade brasileira, se faz necessário a análise da visão social que permeia as manifestações culturais e artísticas predominantemente jovens como o funk e o rap.

Toda discussão pode ser representada pela sugestão legislativa (SUG) 17/2017, que diz sobre a criminalização do funk. Tal proposta realizada pelo portal estatal “e-cidadania” recebeu, durante o período de consulta pública, 52.858 votos favoráveis, fato que exprime a rejeição de parte

das massas, resultando na tentativa de suprimir as representações culturais.

Segundo a ideia legislativa inicial:

Os chamados bailes de "pancadões" são somente um recrutamento organizado nas redes sociais por e para atender criminosos, estupradores e pedófilos a prática de crime contra a criança e o menor adolescentes ao uso, venda e consumo de álcool e drogas, agenciamento, orgia e exploração sexual, estupro e sexo grupal entre crianças e adolescente, pornografia, pedofilia, arruaça, sequestro, roubo e etc. (SUG 17/2017)

Tenta-se, na descrição do projeto, associar fatos típicos já reconhecidos pelo direito penal como pressupostos para a concretização da manifestação cultural representada pela música. Ao realizar tal associação, se criminaliza toda identidade de um coletivo, determinando todos os indivíduos inseridos neste grupo como desviantes.

A tramitação da sugestão legislativa, que não passou da comissão responsável, levantou o debate social acerca do papel do funk, que deu voz aos membros que cresceram no contexto artístico nacional e ressaltaram em audiência pública na Comissão de Direitos Humanos- CDH do Senado Federal o viés inclusivo presente na identidade do ritmo musical,

Não se puniria, neste caso, o fato de se ouvir o funk, mas sim uma parte intrínseca à grupos sociais que cresceram através de sua presença, que junto do rap trouxeram para o conhecimento público problemáticas específicas antes não observadas. Por meio disso, artistas nascem na promoção do debate sobre desigualdade social e sobre a negligência estatal histórica sobre as áreas marginalizadas.

Em consonância, Silva, ao efetuar a análise da criminologia sobre o viés cultural, discorre que o rap e a cultura do hip-hop [onde podemos incluir o funk] transbordam o caráter artístico e se erguem com o objetivo de reconhecimento social, na tentativa de evidenciar uma realidade que o senso comum gostaria de esquecer. (p. 56, 2017)

Por meio disso, essas manifestações artísticas assumem papel civilizador, não só exibindo a realidade de um grupo para a população, mas também conscientizando o próprio grupo sobre suas necessidades e anseios sociais. Sendo assim, criminalizar o funk seria uma forma de cercear a mobilização espontânea de um grupo, e impedir que seus integrantes exerçam seu papel de cidadãos.

Para efetuar tal discussão, se faz necessário a análise do sistema penal por um todo. Apesar de a sugestão legislativa supracitada não ter passado pelo processo de tramitação, a operação seletiva do Estado mantém a degradação do complexo cultural de grupos marginalizados, pondo a eles rótulos que os tornam mais suscetíveis à aplicação da legislação penal.

A criminologia crítica, aos estudar o próprio conceito de crime e a construção do *ius puniendi*, traz o conceito do *labeling approach*, que consiste na personificação do delinquente,

tornando aqueles que correspondem as características determinadas pelo Estado mais vulneráveis aos mecanismos de repressão, tornando-os mais puníveis.

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais, [...] e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado todavia, pela ação daquelas instâncias. (BARATTA, p. 86, 2002)

Dessa forma, sustenta-se a narrativa segregante que a criminalidade se origina somente nas áreas marginalizadas, dando vazão a discriminação social e ao discurso que deturpa a construção legítima de manifestações artísticas e culturais, tornando-as inimigas da população. Para isso, determina-se a aproximação desse agrupamento cultural como conduta socialmente desviante contrária ao bem-estar da sociedade.

Segundo Christie, essa narrativa pra se sustentar precisa agregar periculosidade à seu objeto, ou seja, para que seja razoável manter o discurso contrário as manifestações de esferas marginalizadas é necessário associar a elas um nível aparente de perigo. Dessa forma, ao estabelecer que o inimigo precisa ser “forte o suficiente para render honras e deferência ao herói que retorna para casa da guerra”, se diz que combater um tipo de personalidade que pode ser mais facilmente vista como inimigo social gera mais aderência da população, enquanto agir contra um tipo de personalidade cuja figura não representa perigo aparente, mesmo praticando a mesma conduta desviante, gera conflito com a opinião popular. (p. 69, 2013)

Portanto, a sugestão legislativa que tentou criminalizar o funk representa uma visão parcial da sociedade que legitima uma seletividade da ação estatal e se aproveita do estigma que certos círculos sociais carregam.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em um primeiro momento, partindo do pressuposto trabalhado de que as manifestações culturais são uma ferramenta importante na construção de uma identidade coletiva em um mundo exponencialmente individualizado, observou-se que justamente essa individualização dá vazão para a estigmatização de comportamentos de certos círculos sociais. Tal estigmatização favorece a constante perda de espaço dessas manifestações, cerceando toda uma estrutura social que resulta na clandestinidade e na inobservância do Estado.

A revelia das massas a certo tipo cultural também se faz refém da modernidade, que torna os paradigmas geracionais cada vez mais distantes, prejudicando seu diálogo e sua interpretação. A opinião pública acaba, assim, legitimando a supressão estatal que torna certos círculos sociais,

principalmente os jovens, mais suscetíveis às atividades criminosas.

Já em um segundo momento, mantendo a narrativa sobre identidade cultural, buscou-se discutir sobre as consequências do modelo prisional atual, e a supressão das características individuais descritas como “deturpações do ‘eu’”.

Dessa forma, a generalização promovida pelo Estado age em favor da perpetuação do ciclo da criminalidade, por sua vez conflitante com o pseudo objetivo conferido legislativamente para as prisões. A efetivação de políticas públicas, como a profissionalização dos internos e as atividades artísticas e culturais, que conferem habilidades úteis para a ressocialização e garantem o retorno da individualidade do ser, são argumentos que diminuem os efeitos colaterais evidenciado no paradigma nacional do sistema penal, descontinuando o ciclo da criminalidade.

Por fim, utilizando da criminologia crítica, analisou-se como o Estado atua de forma seletiva, condicionada a maneira que a sociedade enxerga os tipos sociais. Sendo que, o fato criminoso não vira objeto da atuação estatal se seu praticante não se encaixa com o esteriótipo de criminoso, como consequência, o Estado passa por criminalizar não mais atos, mas sim a cultura de um grupo marginalizado pela opinião das massas.

Para isso, realizou-se a análise da sugestão legislativa 17/2017 que personifica a discussão ao intentar a criminalização do funk. Tal projeto clareia a forma que o estigma relacionado a certas manifestações culturais praticam a sua falsa associação com a criminalidade, tornando a atuação das organizações do Estado sobre áreas marginalizadas mais palatáveis.

Em suma, existe hoje um antagonismo entre a opinião das massas e a cultura de grupos que traduz o descontentamento presente referente a um contexto social distante e desconfortável à percepção do senso comum. A fim de evitar a presença desse contexto, estigmatiza-se as manifestações culturais que ganharam força justamente na necessidade de entender os problemas das áreas menos desenvolvidas.

Já o Estado, cerceia a liberdade dessas manifestações, e dificulta a formação de uma identidade coletiva, após, dispõe-se a esse grupo a força da lei, que só é efetiva nas áreas vulneráveis, cuja criminalidade deriva-se da ausência do Estado na construção de políticas afirmativas e na clandestinidade que certa cultura se expõem devido justamente ao afastamento do aparelhamento estatal, que por sua vez, só age como forma punitiva, etiquetando os punidos conforme a aceitação externa.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, J. F. **Metrópoles, cidadania e qualidade de vida**. São Paulo: Moderna, 1992.

- ARMANI, Thiago. CRUZ-SILVA, Claudio. Avaliação Socioeconômica e de fatores que levam a violência em detentos de Cascavel/PR. **Ensaio: Avaliação de políticas públicas educacionais**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 253-274, abr./jun. 2010.
- BARATTA, Alesandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2002.
- BARCINSKI, Mariana; CUNICO, Sabrina Daiana e BRASIL, Marina Valentim. Significados da Ressocialização para Agentes Penitenciárias em uma Prisão Feminina: Entre o Cuidado e o Controle. **Trends Psychol.**[online]. 2017, vol.25, n.3 [cited 2019-07-17], pp.1257-1269.
- BRASIL.Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1998
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- CALLIGARIS, Contardo. **A Adolescência**. São Paulo: Publifolha, 2000
- CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- COSCIONI, Vinicius et. al. Projetos de vida de adolescentes em medida socioeducativa de internação. **Ciências psicológicas**. v. 12, n. 1, p. 109-120, Maio, 2018.
- FERREIRA, Angelita Rangel. Crime-prisão-liberdade-crime: o círculo perverso da reincidência do crime. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo , n. 107,p. 509-534, Set. 2011.
- FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1967.
- GOFFMAN, Ervin. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Trad. Dante Leite. São Paulo: Editora Perspectiva. 1974.
- GOMES DA SILVA, Theuan Carvalho. **Criminologia cultural e rap: uma análise discursiva de identidades desviantes nas letras dos Racionais MC's**. Franca. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
- IBGE-Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar**, 2001. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/default.shtm>> Acesso em 12 abr. 2001.
- MACHADO, Bruno Amaral e SLONIAK, Marcos Aurélio. Disciplina ou ressocialização? Racionalidade punitivas, trabalho prisional e política penitenciária. **Rev. direito GV**[online]. 2015, vol.11, n.1, pp.189-222.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários a lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11º edição. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, C. S. **Sobrevivendo no Inferno: A Violência juvenil na Contemporaneidade**. Porto Alegre: Sulina, 2001

\_\_\_\_\_. **Criminalidade Juvenil e Estratégias de (Des)confinamento na Cidade.** 2006

PASSETTI, Edson. Segurança, confiança e tolerância: comandos na sociedade de controle. **São Paulo Perspec.**[online]. 2004, vol.18, n.1, pp.151-160.

VIEIRA, Gustavo José Correia. **Extermínio cultural como violação de direitos humanos: o contexto criminal do etnocídio e seu desenvolvimento no campo do saber jurídico-penal.**— Porto Alegre, 2011.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social.** Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010.

WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria.** Trad. André Telles. 2. edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

# DISCUSSÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA PENAL: DO ABOLICIONISMO PENAL AO NASCIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA

Mariani Bortolotti FIUMARI<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo responder a alguns questionamentos: por que as finalidades da pena não se cumprem? E, é possível dar uma resposta diferente ao crime, não punitiva? Se sim, como? Para tanto, parte-se à busca dessas respostas no abolicionismo penal e, em específico, nas obras de Nils Christie. Pretende-se desconstruir as finalidades da pena desenvolvidas pela ciência criminal, revelando que, no fundo, a única intenção da punição prevista na lei é a de retribuir o mal do crime como forma de controle social, sem proporcionar qualquer tipo de bem e de pacificação para a vítima, para o ofensor e para a sociedade, devendo a justiça penal ser substituída por uma justiça melhor. Na sequência, são introduzidas noções acerca do pensamento restaurativo, surgido por influência do abolicionismo penal e de outras correntes criminológicas, como possibilidade de oferta de uma resposta diferente e não punitiva ao conflito interpessoal originado com o crime.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abolicionismo Penal; Finalidades da Pena; Justiça Restaurativa.

## ABSTRACT

This study aims to answer some questions: why are the penalty purposes not fulfilled? And, is it possible to respond differently to the crime, without punishment? If so, how? The search for these answers starts with the study of abolitionism and, specifically, the works of Nils Christie. It's intended to deconstruct the purposes of punishment created by the criminal science, revealing that, in the end, the only intention left is to retribute the suffering already caused by the crime, without providing any kind of good and pacification to the victim, to the offender and to society. Therefore, the criminal justice must be replaced by a better justice. Notions about restorative justice are introduced as a possibility to offer a different and non-punitive answer to interpersonal conflicts caused by crime.

**KEYWORDS:** *Abolitionism; Penalty Purposes; Restorative Justice.*

## INTRODUÇÃO

A partir da década de 1960, diversas partes do mundo e especialmente os Estados Unidos e a Europa experimentaram intensa inquietação social e efervescência cultural e política. Esta década foi marcada por grandes manifestações pelos direitos civis, pela luta da população negra, pelos movimentos feministas que buscavam a igualdade legal e social entre homens e mulheres, pelo despertar da consciência e dos movimentos estudantis, pela resistência à Guerra do Vietnã, por manifestações a favor do uso de drogas, pela cultura *hippie*, pelo rock psicodélico (SHECAIRA,

---

<sup>1</sup> Mestra em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2017-2019), com período de mobilidade acadêmica no âmbito do Programa Erasmus+ na Università degli Studi di Pavia, Itália (2018-2019). Graduada em Direito na Universidade Estadual de Londrina (2012-2016). É advogada e atua principalmente na área criminal.

2013, p. 237)... Pelo nascimento de uma verdadeira contracultura, que ia desde as artes até as ciências. Ao sul do Equador, no Brasil, como resposta ao golpe de Estado havido em 1964, o qual instaurou a ditadura militar no país, houve o fortalecimento dos movimentos estudantis e da União Nacional dos Estudantes (UNE), os quais se opunham frontalmente ao governo autoritário e repressivo estabelecido. Na cultura e nas artes, surge o cinema novo, com Nelson Pereira dos Santos e Glauber Rocha, e a tropicália, com Caetano Veloso, Gilberto Gil, Hélio Oiticica e tantos outros que fizeram de suas obras verdadeiros movimentos de resistência popular à ditadura e ao classismo.

Esse “fermento de ruptura” (SCHECAIRA, 2013, p. 238) chegou às ciências sociais e inaugurou a sociologia do conflito, que surgiu em oposição à teoria do consenso. Na criminologia, isso se deu com o surgimento da criminologia crítica<sup>2</sup>, que passou a questionar a própria origem do crime, os processos de criminalização dos sujeitos e as instâncias formais de controle, em direta oposição ao paradigma criminológico positivista existente até então, que buscava entender o criminoso e encontrar a cura para o crime dentro de seu corpo (endógena) ou de seus círculos sociais (exógena).

Esse novo paradigma criminológico passou a defender que os crimes não existem como realidades ontológicas, mas que são antes situações conflituosas selecionadas pelas sociedades de acordo com o tempo e com o espaço<sup>3</sup> e criminalizadas pela lei penal dos Estados como forma de controle social. Segundo a teoria do *labeling approach*, por exemplo, o único ponto comum entre os sujeitos etiquetados como delinquentes é a reação das instâncias formais de controle. Nesta perspectiva, não é a *deviance* que provoca o controle social, mas o controle social que provoca o aparecimento de condutas desviadas (SANTOS, 2014, p. 64). Já a criminologia radical ou marxista, que tem como referência as obras *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance* e *Critical Criminology*, ambas de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young, aprofunda a crítica e defende que o sistema penal está intimamente ligado às estruturas sociais e de poder que permitem a perpetuação das desigualdades sociais. Para esta corrente, portanto, o encolhimento (e posterior desaparecimento) da justiça penal passa necessariamente pela superação do sistema capitalista.

Diante da pluralidade de leituras sobre a questão penal, que naturalmente levam a diferentes propostas, essa nova criminologia passou a ser conhecida como um conjunto de várias

---

2 Não se desconhece que para muitos autores o termo “criminologia crítica” é associado somente à nova criminologia de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young ou então com um conjunto de teorias criminológicas posteriores (neste sentido, SHECAIRA, 2013, p. 249 e ss). Contudo, cabe esclarecer que com esta denominação está a referir-se mais amplamente à criminologia de oposição e crítica ao positivismo criminológico, que pode ser identificada já com o *labeling approach* e com o interacionismo simbólico.

3 Sobre a seletividade da lei penal, esclarece Cláudia Cruz Santos (2014, p. 61): “(...) se algumas condutas foram qualificadas como crimes em outro tempo e deixaram de o ser neste tempo e se outras condutas são tratadas como criminais em determinados lugares mas não já em outros, crime não é aquilo que o tem de ser por força da sua própria natureza, mas antes aquilo que algumas pessoas escolhem que seja”.

posições distintas, desde o interacionismo até o materialismo, que se assemelhavam mais naquilo que criticavam do que naquilo que propunham (ANITUA, 2008, p. 657).

O abolicionismo penal surgiu nos anos 1980 como produto desse novo cenário criminológico e por isso possui muitos pontos de contato com a criminologia crítica. Trata-se de uma teoria que nasceu com o objetivo de criar argumentos capazes de deslegitimar de forma radical o sistema penal e a sua lógica punitiva, pondo fim à justiça penal. Os abolicionistas criticam a punição como única e imperativa resposta ao agente que pratica um crime, bem como a centralidade da lei penal como meio de controle social. Referem também que o funcionamento do sistema penal só agrega mal ao mal do crime, sem proporcionar qualquer tipo de bem e pacificação para a vítima, para a sociedade ou para o ofensor, devendo ser substituído por uma justiça melhor.

Assim como as correntes da criminologia crítica, as teorias abolicionistas também são plurais e variam de acordo com a realidade social e jurídica do local em que foram desenvolvidas. Apesar de não haver um consenso ao redor de uma classificação, pode-se dizer que existem abolicionismos mais e menos radicais, que em certa altura não rejeitam toda a resposta punitiva do Estado (mas rejeitam sempre a pena de prisão). Deve-se evitar, contudo, a confusão entre o abolicionismo enquanto tal, que rejeita a resposta penal, com outras formas de compreensão, que admitem a sua existência, mas pretendem tornar mínimo o seu âmbito (SANTOS, 2014, p. 71), a exemplo do minimalismo penal. Para Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p. 98) as variantes do abolicionismo podem ser referidas como: marxista, de Thomas Mathiesen, fenomenológica-historicista, de Nils Christie, e fenomenológica, de Louk Hulsman<sup>4</sup>.

Não se propõe aqui uma análise das propostas de todos os autores citados. Como critério para delimitação do estudo, optou-se por trabalhar com aquela que possui maior influência sobre o tema central do presente trabalho, qual seja, a de Nils Christie, o que não impede a inserção de comentários às obras dos demais autores.

## **1 O ABOLICIONISMO PENAL DE NILS CHRISTIE: O “ROUBO DO CONFLITO”**

O criminólogo norueguês Nils Christie, professor do Departamento de Criminologia e Sociologia do Direito da Universidade de Oslo, dedicou a vida a escrever sobre a necessidade de extinguir-se a justiça penal como forma inafastável de reação aos comportamentos rotulados como criminosos. Irresignado com o funcionamento do sistema penal tradicional e com as suas deletérias consequências individuais e sociais, critica de forma contundente as finalidades da pena e o seu

---

4 Zaffaroni inclui também Michel Foucault, na variante que chamou de estrutural-historicista, mas apesar da reflexão do filósofo francês ser incontornável à compreensão do sistema penal, o próprio autor posteriormente afirma que Foucault não pode ser considerado um abolicionista no sentido dos demais autores.

modo de execução, ao que dá o nome de “imposição intencional de dor” (CHRISTIE, 2007, p. 5-6)<sup>5</sup>, bem como a publicização e institucionalização do conflito e a sua profissionalização.

Como um autêntico abolicionista, Christie compartilha com a criminologia crítica o entendimento de que o crime não existe como uma realidade em si, mas antes que existem situações conflituosas que são selecionadas pela lei penal de cada Estado e transformadas em crimes passíveis de punição.

A partir dessa seleção legal, os conflitos que esbarram na lei e adentram o sistema de justiça penal passam a ser necessariamente solucionados pelas instâncias formais de controle (órgãos de polícia, órgão acusador, tribunal e cárcere) e pelos profissionais do conflito (advogados e profissionais comportamentais), o que leva, inevitavelmente, à imposição de uma punição ao ofensor por parte do Estado. A obrigatoriedade de resolução do conflito pela justiça penal retira das partes diretamente envolvidas a possibilidade de criação e/ou utilização de formas alternativas de solução, as quais poderiam resultar em desfechos diversos da punição e mais benéficos à vítima, ao ofensor e à sociedade.

Essa ideia de intervenção compulsória da justiça penal é transposta aos ordenamentos jurídicos atuais por meio do princípio da oficialidade ou obrigatoriedade do processo penal<sup>6</sup>. Em resumo, este princípio concretiza a publicização dos conflitos penais (que passam a ser assuntos da comunidade jurídica) e determina que cabe ao Estado – e não ao particular, de forma geral – a tarefa de perseguir e punir o agente que pratica crimes de forma completamente independente da vontade da vítima ou de qualquer outra pessoa (DIAS, 1974, p. 116). Desse modo, o Estado passa a ter o direito e a obrigação de perseguir o agente criminoso e realiza a sua pretensão penal sem considerar as vontades individuais (SILVA, 2010, p. 86).

Para Christie, esta usurpação dos papéis da vítima e do ofensor funciona como um “roubo do conflito”, ideia desenvolvida em seu artigo *Conflicts as Property*, publicado na Revista Britânica de Criminologia em 1977.

Não obstante a criação de alguns mecanismos limitadores da oficialidade do processo penal – como os crimes condicionados à representação e os particulares –, é fácil perceber em qualquer dos casos – e de forma muito mais acentuada nos crimes públicos, processáveis independentemente da vontade do ofendido – que o Estado avoca a posição da vítima na resolução do conflito penal em nome da defesa da norma e dos bens jurídicos.

Nesta altura, a vítima, que esteve diretamente envolvida na situação conflituosa e teve o

---

5 “Punishment is an evil intended to be so. It has to do with suffering. (...) Someone is to suffer a pain that is intended” (CHRISTIE, 1986, p. 95).

6 O princípio da oficialidade ou obrigatoriedade é previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o qual estabelece que é função institucional do Ministério Público a promoção, de forma privativa, da ação penal pública.

seu direito violado, é despossada do conflito e deixa de ter qualquer papel na sua resolução. A prescindibilidade da sua vontade tem início com a irrelevância da concordância em ver o conflito processado pela justiça penal e se estende por todo o julgamento, o qual lhe reserva o papel de mera participante processual (muitas vezes só de testemunha), ou, no máximo, de assistente do Ministério Público, quando se constitui como tal (por meio de advogado).

Assim, a obrigatoriedade de resolução dos conflitos penais pela via burocrática e punitiva leva à apreciação da justiça situações de gravidade e significado social muito diversos, muitos dos quais sequer careciam de um desfecho tão mau.

Com a expressão [roubo do conflito], pretendem alguns criminólogos traduzir o esvaziamento do estatuto criminal da vítima, num sistema penal que veio a estruturar-se em termos diádicos delinquente-estado, pela via da hipostasiação dos interesses do Estado e sua progressiva sub-rogação na posição originária da vítima (ANDRADE, 1995, p. 331).

O Estado, portanto, ignora completamente a existência do conflito interpessoal e se ocupa tão somente da proteção e da restauração da norma jurídica por meio de um processo engessado, formatado e burocrático, seguido da aplicação autoritária de uma pena, transformando o conflito inicialmente particular em um conflito exclusivamente de natureza pública.

Assim, na prática criminal, a vítima é uma dupla perdedora: “*first, vis-a-vis the offender, but secondly and often in a more crippling manner by being denied rights to full participation in what might have been one of the more important ritual encounters in life. The victim has lost the case to the state*” (CHRISTIE, 1977, p. 3).

Outra forma de “roubo do conflito” apontada por Christie é a praticada pelos profissionais jurídicos, notadamente os advogados, os quais são formados e treinados para prevenir e solucionar conflitos de forma autônoma. São eles que trabalham com a seleção dos argumentos que podem ser ou não relevantes para o julgamento de cada caso, retirando das partes (não só da vítima, como também do ofensor<sup>7</sup>) a autonomia de expor suas próprias considerações. A representação em juízo provoca o afastamento dos envolvidos e a inexistência de um espaço de encontro que poderia facilitar o diálogo e a pacificação (inter)pessoal.

A apropriação dos conflitos penais pelos atores tradicionais (autoridades judiciárias e advogados) é verificável, inclusive, pela própria estrutura física dos tribunais, os quais ocupam prédios complexos, com inúmeros corredores e salas, e que estão normalmente localizados no centro administrativo das cidades, afastados da vida das pessoas comuns. As salas de audiência e julgamento também são locais impessoais, especialmente quando se nota a função e a própria localização periférica das partes. Segundo Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 31-32), as partes ficam “desalentadas sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam com as

7 A fala do acusado em seu interrogatório judicial dificilmente é espontânea; normalmente segue a linha defensiva previamente construída pelo advogado.

autoridades, que as esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias etc.". Em suma, a justiça penal transforma os conflitos criminais em eventos desinteressantes e inacessíveis para aqueles que deveriam ser os mais interessados.

Para além do "roubo" institucional, Christie (1977, p. 3) destaca também a existência de alguns fatores que atuam nas estruturas sociais e concorrem para que o conflito seja usurpado das partes, os chamados *structural thieves*. Esta ideia parte da observação de que nas sociedades altamente industrializadas existem as segmentações espacial e das "castas".

A primeira diz respeito ao fato de que diariamente os indivíduos migram entre diferentes grupos sociais, que normalmente não possuem nada em comum além do indivíduo migrante, e, em razão disso, passam a ser conhecidos por meio dos papéis que desenvolvem dentro desses grupos (o *role-play*) – no trabalho, na universidade, no clube – e não como seres completos. Nesta perspectiva, torna-se extremamente difícil compreender o comportamento do outro quando somente uma parte sua é conhecida. Esses *role-players* são muito mais facilmente substituídos nas vidas alheias do que seriam se conhecidos como indivíduos completos (CHRISTIE, 1977, p. 3). A segunda segmentação diz respeito à divisão da sociedade em "castas", e não em classes, pois Christie não se limita ao elemento socioeconômico; deve-se considerar também a segregação social baseada no sexo, na cor, nas deficiências físicas e na idade. As castas podem ser atravessadas por mais de um desses elementos e dificilmente interagem entre si.

Como consequência disso há a despersonalização dos indivíduos. As pessoas passam a saber cada vez menos sobre as outras e quando o conflito surge há menos cooperação. Assim como o Estado e os demais profissionais estão dispostos a roubar o conflito, os indivíduos desejam que o conflito seja levado para longe deles. Nas palavras de Christie (1977, p. 6): "*the various forms of segmentation mean that human beings are inter-related in ways where they simply mean less to each other. When they are hurt, they are only hurt partially. And if they are troubled, they can easily move away. And after all, who cares? Nobody knows me*".

Diante deste cenário de escassez – tanto de participação dos envolvidos na resolução de seus conflitos quanto de interação entre os grupos sociais – três grandes perdas podem ser verificadas: 1. da sociedade em geral, pois se perde a oportunidade de cunho pedagógico, de clarificação e de reafirmação da norma jurídica ao ofensor por meio do diálogo, e não da imposição de um processo, que na maior parte das vezes é completamente ininteligível para as partes, e de uma punição, que não tem qualquer efeito além da estigmatização e da marginalização; 2. da vítima, que é deixada de fora da solução dada a um capítulo de sua vida, enfurecida, humilhada e sem nenhum contato humano com o ofensor; 3. do próprio ofensor, visto que se tivesse a oportunidade

de participar com a vítima na construção de uma forma de diminuir ou desfazer o mal provocado (interiorizando e compreendendo o sofrimento causado a ela, de forma a dificultar a sua neutralização), ao invés de participar na determinação de sua própria culpa, os conflitos poderiam ser verdadeiramente pacificados (CHRISTIE, 1977, p. 8).

Pretende o abolicionismo penal, neste sentido, fazer entender que “a solução punitiva (eliminatória ou retributiva) é somente uma alternativa que exclui a possibilidade de outras formas de resolver os conflitos (reparatória, terapêutica e conciliatória)” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 60) e que, em verdade, não os resolve, pois se limita a impor verticalmente uma ordem (que emana do Estado e se aplica ao indivíduo).

É exatamente este o ponto de mudança para Christie (1977, p. 9), uma vez que o foco da justiça que lida com conflitos penais deve ser a reparação do dano à vítima e a recuperação do ofensor, não a determinação de quanta dor deverá este último sofrer pela conduta praticada. Deve-se resgatar e iluminar o conflito interpessoal, buscando as considerações e o diálogo dos envolvidos e, assim, a sua pacificação – que também será uma pacificação social. Nesse sentido, o criminólogo Louk Hulsman (1993, p. 83) muito bem destaca que “quando o sistema penal se apropria de um ‘assunto’, ele o congela, de modo que jamais seja interpretado de forma diferente da que foi no início. O sistema penal ignora totalmente o caráter evolutivo das experiências interiores”. É por isso que, continua o autor, “(...) sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana”.

## **2 O ABOLICIONISMO PENAL DE NILS CHRISTIE: “LIMITES À DOR” E A DESLEGITIMAÇÃO DAS FINALIDADES DA PENA**

Na esteira dessas críticas, já em 1981, Christie publica o livro *Limits to Pain: the role of punishment in penal policy*, uma de suas mais importantes obras e que dá corpo ao seu pensamento abolicionista. Logo no prefácio do livro o autor deixa claro que a sua intenção é a de desconstruir as finalidades da pena desenvolvidas ao longo da história da ciência criminal – revelando que, no fundo, a única intenção da punição prevista na lei é a de retribuir o mal do crime como forma de controle social – e a de encontrar formas alternativas à punição e não formas alternativas de punição<sup>8</sup>.

Segundo o autor, as teorias da pena só existem para tentar ocultar a dor intencionalmente desejada pela punição e conciliá-la com valores caros às sociedades em geral, como a bondade e o perdão. Contudo, pelo que demonstra a experiência humana, nenhuma das opções ditas científicas

---

8 “One of the rules would then be: *If in doubt, do not pain. Another rule would be: *Inflict as little pain as possible. Look for alternatives to punishments, not only alternative punishments. It is often not necessary to react; the offender as well as the surroundings know it was wrong*” (CHRISTIE, 2007, p. 11).*

de tentar legitimizar o sofrimento parecem satisfatórias. É como se as sociedades, na luta de encontrar uma teoria e uma prática penal que as tranquilizem com a causação intencional de dor a determinados indivíduos, oscilassem entre tentativas de resolver um dilema insolúvel.

Assim, como ponto de partida à desconstrução das finalidades da pena, Nils Christie discorre sobre a linguagem associada ao sistema de controle criminal, a primeira e mais visível forma de ocultação da dor. Os vocábulos e os significados a eles atribuídos são os meios perfeitos para dissimular a verdadeira natureza da atividade, por isso eufemismos são tão utilizados como forma de disfarçar a dor inerente à punição. O autor destaca o fato de que a menção à dor da punição desapareceu dos livros, dos textos legais, dos tribunais e até mesmo da academia. Já as penas, o tempo e as formas de cumprimento estão normalmente descritas; como doem e como são sentidas por aqueles que as recebem, não.

A dissimulação da linguagem é utilizada para diminuir o envolvimento entre o aplicador (agente do sistema penal) e o receptor da dor (agente criminoso). Exemplos como a troca das palavras *prisoner* por *inmate*, de *cell* para *room*, de *isolation* para *single-room-treatment* são perfeitos para demonstrar como o sistema é construído para camuflar o sofrimento (CHRISTIE, 2007, p. 13). A finalidade é transformar o trabalho dos agentes da justiça penal em rotineiro, repetitivo e segmentado para que a dor seja aplicada de forma eficiente e asséptica. O importante é que não haja reconhecimento do sofrimento alheio ou qualquer envolvimento pessoal e emocional. Numa visão kafkiana, cada operador exerce isoladamente e de forma alienada o seu papel dentro do processo, desconhecendo completamente o resultado que dali advir. Hulsman (1993, p. 61) afirma que “é como se estivéssemos numa linha de montagem, onde o acusado vai avançando: cada um dos encarregados aperta o seu parafuso e, no final da linha de montagem, sai o produto final do sistema – em cada quatro pessoas, *um prisioneiro*” (grifo original do autor).

A partir dessa reflexão, Christie (2007, p. 19) cria a ideia de *pain delivery*: a dor é entregue nos moldes da entrega de um produto ou de um serviço. Para a perspectiva daqueles que “entregam a dor” não há drama, tragédia ou sofrimento intenso, isso tudo é reservado para aqueles que a recebem.

Nesta esteira, as finalidades da pena criadas pelas ciências criminais são não só dissimulações linguísticas, mas também dissimulações científicas, uma vez que são criadas, ensinadas e aplicadas como se houvesse algum respaldo científico para além da expiação do mal.

Christie vinca esta ideia de forma bastante esclarecedora quando trata da finalidade preventiva especial associada ao tratamento. Esta forma de controle criminal surgiu nos países escandinavos com o propósito de curar a população marginal dependente de álcool, que “poluía” as ruas das cidades, por meio da implantação de unidades de segregação e tratamento para aqueles que

fossem presos diversas vezes por embriaguez. A segregação poderia ser de no máximo 4 anos; aos reincidentes eram dados mais 4 anos sucessivos até obter-se a cura.

Mas, no fundo, segundo o autor, o objetivo verdadeiro era o de limpar as ruas, retirando esses indivíduos da vista da sociedade. Como o encarceramento poderia ser encarado como uma forma muito desproporcional de reação a esse fato, o tratamento apareceu como a justificação necessária e moralmente suficiente, pois buscava a recuperação dos agentes. *“Treatment might also hurt. But so many a cure hurts. And this pain is not intended as pain. It is intended as a cure. Pain becomes thus unavoidable, but ethically acceptable”* (CHRISTIE, 2007, p. 21).

Com o passar do tempo, o tratamento foi expandido para outros grupos na medida em que o sistema se deparou com os indivíduos “não tratáveis” e com aqueles considerados criminosos perigosos. Assim, a segregação passou a ser longa e indeterminada. A criminologia positivista, desenvolvida por Lombroso, Ferri, e outros, corroborou para que o tratamento se espalhasse por diversos países e fosse a mais eficiente forma de controle criminal, afinal, o mal do crime estava dentro do corpo do delinquente.

No entanto, após a expansão deste modelo, a sua sucessiva diminuição foi observada nos países do norte da Europa a partir da década de 1970 pelos seguintes motivos: 1. revelou-se que as unidades de tratamento não eram tão semelhantes aos hospitais, mas mais às prisões comuns. As instalações, os agentes e os clientes eram iguais aos das prisões, com a agravante de que o tratamento por tempo indeterminado era muito mais cruel do que o cárcere; 2. constatou-se que o sistema de tratamento na realidade não tratava ninguém, pois não foi observada uma diminuição substancial da reincidência. Com exceção da pena de morte, da prisão perpétua e da castração, nenhuma outra cura foi provada eficiente para diminuir a recidiva criminal; 3. o conceito de criminoso perigoso foi extirpado em razão da sua vaga utilização, baixa habilidade de previsão dos possíveis casos e a usual ineficácia do tratamento; 4. o surgimento do conceito do Estado de Bem-Estar Social e com ele a ideia de que a pobreza e a miséria deveriam ser tratadas com políticas públicas assistenciais e não com a segregação (CHRISTIE, 2007, p. 24-26).

Para além disso, a criminologia também auxiliou na derrocada do tratamento ao deslocar a causa do crime para o exterior do indivíduo: a criminalidade não mais estava no interior do agente. Somados os motivos apresentados, a finalidade preventivo-especial orientada para o tratamento do agente caminhou para a extinção nos países que a adotaram.

Assim, com a eliminação dessa finalidade, o sistema de controle criminal precisou de uma nova forma de justificar a inflição de dor, dando origem à prevenção geral. Para essa teoria, a finalidade da pena é fazer com que a totalidade dos indivíduos do corpo social não pratique ou pratique menos crimes. É uma finalidade que mira o futuro, que pretende prevenir a ocorrência de

crimes vindouros.

Quem primeiro escreveu sobre o tema foi o jurista alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, um dos fundadores do direito penal moderno, que o apresentou por meio da ideia negativa de coação psicológica da pena: “*el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes*” (ROXIN, 1997, p. 91). Para Feuerbach “a finalidade precípua da pena residiria em criar no espírito dos potenciais criminosos um contra-motivo suficientemente forte para os afastar da prática do crime” (DIAS, 2007, p. 51). Posteriormente, a prevenção geral ganhou novas vestes por meio da introdução de aspectos positivos, os quais residem na possibilidade de “*demonstrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo*” (ROXIN, 1997, p. 91). Nesta nova roupagem, a prevenção geral possui quatro objetivos que se imbricam:

*El efecto de aprendizaje, motivado sociopedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor* (ROXIN, 1997, p. 92).

Para Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 48), a prevenção geral é destinada “a actuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efectividade da sua execução”.

Assim, a referida teoria da pena busca, por meio de um suposto efeito pedagógico originado da existência de uma norma proibitiva e da aplicação e execução de uma punição, a mudança do comportamento alheio para o não cometimento de crimes (além da reafirmação das normas jurídicas e do restabelecimento da confiança no direito)<sup>9</sup>.

Contudo, segundo Christie (2007, p. 29), a prevenção geral é muito difícil de ser validada por estas justificativas porque quase tudo que é concebido como forma de controle social formal pode ser classificado como estímulo para a dissuasão dos indivíduos à prática de crimes, desde a atividade policial até, por exemplo, a provocação da morte do agente criminoso. Não existem provas de que a punição de alguém, única e exclusivamente, leve à mudança do comportamento de outras pessoas, exatamente porque crimes são ou não são cometidos por incontáveis motivos, não porque alguém foi sentenciado a uma pena de prisão. Além disso, os efeitos da prevenção geral são difíceis de serem medidos, pois o alvo é a sociedade em geral, ou pelo menos parte dela.

---

9 Segundo Christie, o tratamento e a prevenção geral são normalmente apresentadas pela literatura jurídica como radicalmente diversas. Mas, ao final, as duas são muito semelhantes, pois possuem um propósito manipulativo: o tratamento buscava a mudança do criminoso, a cura para o seu mau comportamento; a prevenção geral busca a mudança do comportamento alheio, da sociedade, para o não cometimento de crimes. As duas, portanto, pretendem impor sofrimento com o propósito de mudar um tipo de comportamento (CHRISTIE, 2007, p. 28).

Apesar da frouxidão e da vasteza das definições, dos estímulos e dos alvos, o que levaria à derrocada de qualquer teoria científica, tornou-se quase impossível, no inconsciente coletivo, desaprovar a prevenção geral justamente em razão das suas falhas. Não há comprovação de seu poder de dissuasão, mas também não há como fazer prova em sentido contrário. Criou-se e difundiu-se, assim, a ideia de que a criminalidade pode ser menor se os métodos de punição forem recrudescidos, o que aumentaria o poder de dissuasão. Pode-se dizer que a prevenção geral tem um grande apelo simbólico no imaginário social. Não existe para ser efetiva, mas para criar símbolos, para produzir efeitos de legitimação do direito penal.

Além de não haver correspondência entre estas duas grandezas (recrudescimento da punição e diminuição da criminalidade), a pena só exercerá seu poder de ameaça de perda de algo sobre aqueles que ainda têm alguma coisa a perder.

Tome-se o exemplo da pena de prisão: a possibilidade de perda da liberdade será porventura vista como uma desvantagem menor por aqueles para quem a vida em liberdade já é de certa forma um fardo, ou um espaço e um tempo nos quais se está aprisionado pela ausência de escolhas. O mal da pena não será, nessa medida, uma realidade inelástica que se possa fazer corresponder a um determinado grau de desvalor, sempre com a mesma probabilidade de dissuasão (ou de prevenção) (SANTOS, 2014, p. 347).

Segundo Howard Zehr (2005, p. 53 *apud* SANTOS, 2014, p. 347), entre pessoas de classes mais favorecidas há a crença de que “cada um é senhor do seu próprio destino. Apesar de poderem existir obstáculos e de a sorte ou a providência desempenharem os seus papéis, acreditamos que de facto temos algum poder real para determinarmos o nosso destino”. Já na opinião das pessoas mais pobres, “aquilo que lhes acontece deve-se mais ao acaso do que a algo que tenham feito”, assim, a punição ou não de pessoas tem mais relação com o acaso do que com o binômio crime-castigo. “(...) todos os dias esses jovens veem inocentes serem presos. Todos os dias veem pessoas que eram culpadas serem libertadas. Na sua opinião, há pouca relação entre o crime e a punição. Pelo contrário, olham para a punição como para a chuva. Há dias em chove, há dias em que não”.

Para Christie (2007, p. 30-31), a punição do ofensor não é elemento de desencorajamento à prática de crimes porque, primeiro, a punição não é imediata – a conduta deve ser antes processada para somente ao fim ser aplicada uma punição, o que pode levar anos; segundo, a punição não é aplicada por alguém próximo ao ofensor, o que poderia ser mais eficiente na interiorização da culpa e na mudança da conduta alheia; e terceiro, porque não se trata de uma situação de tudo ou nada, a punição existirá de qualquer forma e em qualquer caso, trata-se somente de um aumento ou diminuição da dor, ou seja, do tipo de pena ou da quantidade de tempo de acordo com o crime.

Na prática, a prevenção geral é utilizada como um argumento retórico, pois não existem indícios de que a punição exerça alguma força preventiva sobre os outros; é uma teoria científica sem validação científica. Pior que isso, a sua ineficiência é atestada a cada novo crime praticado por

mais severas que sejam as penas aplicadas a certos delitos. A verdade é que os agentes da justiça penal acreditam que os agentes criminosos devem sofrer por meio da retribuição do mal provocado, mas para que isso não se torne um embate moral e completamente irrazoável – pois o direito penal, até onde se tem notícia, não se presta a proteger normas morais – falseia-se uma finalidade, como se a ideia de prevenção geral tivesse algum impacto no controle ou na queda da criminalidade.

Se a punição tivesse verdadeiramente uma finalidade dissuasiva, o sistema penal deveria se esforçar menos para controlar e punir os crimes considerados graves do que os de baixa ou média gravidade. Por exemplo, em relação ao homicídio, a generalidade dos indivíduos sabe o quão grave é matar outrem, por isso a justiça penal não precisaria se esforçar tanto, aplicando punições tão severas, para obter a conformidade da sociedade, pois, em geral, os indivíduos já são desencorajados a não matar por inúmeros outros motivos (de ordem moral, religiosa, econômica, etc.). Ao invés disso, o sistema deveria se esforçar mais para obter a conformidade social das normas mais fracas, punindo mais severamente, por exemplo, o indivíduo que infringe a lei que determina a utilização do cinto de segurança nos veículos. Isto não ocorre porque o propósito contido na punição severa do homicida não é o de prevenir a provocação de mortes futuras, mas sim o de declarar e retribuir o mal da sua conduta.

Assim, de modo geral, conclui-se que a prevenção geral é uma finalidade esvaziada de qualquer significado, de qualquer efetividade; é tão somente uma nova roupagem dada à retribuição do mal, à vingança social.

Na sequência, outra teoria da pena apontada por Christie como falsa é a que chamou de neoclássica, que pretende, agora de forma declarada, o resgate da finalidade retributiva, associando-a a finalidades preventivas. Mas, para poder abordar o novo clássico, é preciso antes resgatar brevemente as bases da Escola Clássica.

Surgido com o Iluminismo, o movimento clássico demandava a menor ingerência possível do Estado sobre a conduta humana. Exigiu que a punição dos crimes não excedesse o necessário para dissuadir o criminoso de reincidir e prevenir os outros de cometerem crimes semelhantes (princípio da proporcionalidade da pena), além da clara tipificação do crime e especificação de qual punição deveria ser aplicada (princípio da taxatividade) e da introdução do conceito de culpa. A clareza e a certeza, a partir de então, tornaram-se palavras-chave na justiça penal (CHRISTIE, 2007, p. 37).

O surgimento desta nova concepção de crime e castigo foi resultado da oposição burguesa à arbitrariedade aristocrática. A burguesia havia adquirido tanto poder, principalmente econômico, que passou a não tolerar mais o fato de responder com a vida por crimes que um nobre era punido com multa. A demanda, portanto, era pela igualdade na aplicação da lei. Cesare Beccaria é

provavelmente um dos expoentes deste movimento. Em sua obra histórica e amplamente conhecida “Dos delitos e das penas”, paradigma para o direito penal moderno, escreve que: “(...) para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (BECCARIA, 2013, p. 109).

Para Christie (2007, p. 38), Beccaria foi um dos principais representantes da Escola Clássica e a sua obra teve tanto impacto nas ciências criminais porque a mensagem que transmitiu era correta para o seu tempo. Numa época de arbitrariedade estatal, a criação de um sistema legal rígido era necessária, mas para agora isso deveria ser revisto<sup>10</sup>.

Feitas essas considerações, o autor afirma que a teoria neoclássica é nada mais do que uma revisitação do classicismo, especialmente da rigidez do sistema punitivo, aliada à prevenção geral. A crítica a essa nova teoria reside no fato de que o crime, este singular pecado, é tomado de forma tão importante que é capaz de colocar todo o sistema criminal em funcionamento e decidir quase todos os passos subsequentes. O delito passa a ser o fato decisivo, o único elemento levado em consideração pela justiça penal para a aplicação da pena, sendo irrelevantes os desejos da vítima, as características individuais do ofensor ou as circunstâncias particulares da comunidade local. Ignora-se completamente as estruturas sociais, as quais certamente exercem um papel de relevo na criminalização. Ao excluir todos estes outros elementos, a mensagem “oculta” da teoria neoclássica é a de negação da legitimidade de diversas alternativas para a solução do conflito penal que poderiam e deveriam ser levadas em consideração.

Christie considera uma afronta aos seus valores e aos das sociedades em geral – a bondade e o perdão – a construção de um sistema no qual os crimes são tomados como valores absolutos para decidir o destino do agente criminoso e da vítima. Para além disso, a dor, que a partir de então é pensada para ser somente dor, foi elevada à resposta legítima do crime. O neoclassicismo elegeu a pena como solução inafastável da prática de condutas criminosas, fazendo dela a única e invariável alternativa. Isso levou também à normalização do sofrimento, que passou a ser aplicado com a neutralização da culpa por parte do Estado: o executor está agora isento de qualquer responsabilidade na sua causação, pois a culpa recai tão somente sobre a figura de quem primeiro agiu e impulsionou todos os eventos subsequentes, ou seja, o ofensor.

A teoria neoclássica, por meio da simplicidade no processamento do delito (baseado

---

10 Ainda hoje, a compreensão do que é responder ao crime justamente, do que é fazer justiça ante uma situação criminal, é muito influenciada pela racionalidade iluminista e liberal. Em razão do contrato social e do repasse ao Estado do poder de defender as liberdades individuais, existe grande resistência na “retomada” do poder de solucionar os conflitos por parte dos particulares envolvidos, como se isso levasse à derrocada do poder público, à privatização da justiça e, conseqüentemente, à injustiça. Sob este entendimento, não cabe a cada cidadão a defesa do seu direito violado, porque somente o Estado detém essa prerrogativa.

somente na sua gravidade) e a rigidez autoritária da sua solução (para se obter a maior igualdade formal possível), levou à existência de um sistema que desconsidera outras nuances do crime, especialmente aquelas que envolvem as relações interpessoais e as estruturas sociais.

A partir de todas essas reflexões, chega-se à conclusão de que, por qualquer perspectiva que se analise, a justiça penal e a punição por ela aplicada são embustes, são reações estatais desarrazoadas e esvaziadas de quaisquer objetivos que não a imposição intencional de sofrimento para a retribuição do mal do crime. No fundo, a única finalidade que subsiste é a retributiva, que considera a pena um fim em si mesmo, desprovida de qualquer função social, a única resposta justa à gravidade do crime e à culpa do agente. Nessa circunstância não há qualquer espaço para a cura, para a recuperação física, psíquica, moral, social e financeira do ofensor, uma vez que o sistema não foi pensado para isso.

A justiça penal, ao processar e punir o ofensor sem realizar esforços no sentido de recuperá-lo, além de causar impactos negativos diretos nas suas relações mais próximas, por exemplo, familiares (diz-se popularmente que o encarceramento de um indivíduo leva ao encarceramento de toda a sua família), tem um grande impacto social negativo, pois devolve à sociedade um indivíduo estigmatizado, marginalizado, vulnerável e com poucas (ou talvez nenhuma) perspectiva de reinserção nos sistemas de educação e/ou no mercado de trabalho, o que leva ao desemprego, ao aumento do trabalho informal e, também, ao aumento dos casos de recidiva criminal<sup>11</sup>. O funcionamento do sistema criminal é, literalmente, um vetor de aumento da criminalidade (delito – prisão – reforço da identidade criminosa – delito – prisão).

Diante disso, Hulsman (1993, p. 91) afirma de forma categórica que é “preciso abolir o sistema penal”, pois “um sistema desta natureza é um mal social. Os problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira”.

Christie (2007, p. 48) acompanha esta ideia e sugere que uma resposta melhor seja encontrada; uma resposta que comporte a criação de uma justiça não punitiva e capaz de acrescentar algum bem ao mal já provocado pelo crime. Para o autor, a única finalidade coerente com a dignidade humana é a prevenção especial positiva, ou seja, aquela que pressupõe a recuperação e a cura do agente e a sua reintegração social, impossível de ser alcançada por meio do sistema penal tradicional. Apesar de afirmar que a finalidade preventivo-especial voltada ao tratamento está fora de moda, considera que, na verdade, as prisões estão cheias de pessoas necessitadas de cuidado e de

---

11 Vale aqui lembrar a ideia de Edwin Lemert (1967) sobre a delinquência secundária. Para o autor, a reincidência (lato sensu) ocorre em razão da passagem do indivíduo pelo sistema de controle criminal e pela atribuição social da etiqueta de delinquente. A partir deste etiquetamento, há uma consolidação da sua identidade desviante e o ingresso em uma verdadeira carreira criminosa.

cura. Ao passo que o tratamento para o crime perdeu credibilidade, o tratamento não perdeu.

Assim surge a ideia de um modelo de justiça participativa, mais informal e orientado para a vítima, que prioriza a participação dela, com vista a apurar o que pode ser feito para reparar o dano causado e o que pode ser feito para recuperar o agente (CHRISTIE, 1977, p. 10)<sup>12</sup>.

Na justiça penal, os valores individuais e sociais são obrigatoriamente aclarados por meio da gradação da dor: mais tempo de punição para aquele que matou e menos para aquele que furtou. O Estado determina a escala dos valores por meio da quantidade de meses ou de anos retirados das vidas das pessoas. A dor é utilizada como linguagem. Já na justiça participativa, o mesmo resultado – a aclaração dos valores – é alcançada com o procedimento; a atenção é retirada do resultado e trazida ao processo (CHRISTIE, 2007, p. 94). Somente nos casos em que nada pode ser feito ou que nada será feito pode haver alguma espécie de punição do ofensor, visto que não é possível exigir da comunidade a tolerância à impunidade. Mas, ainda nesses casos, o processamento e a punição deverão ser feitas da forma mais garantista e humana possível.

Para além disso, como resultado de um tribunal mais informal, orientado para os leigos, deve haver também a diminuição dos profissionais do conflito. As partes devem ter o direito de se auto representarem, quando equânimes. Deve-se ainda estimular a autocomposição, sem a interferência de um juiz, pois “se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos, veremos que, ao lado da reação punitiva, frequentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatórias, etc...” (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 100). Quando (e enquanto) os profissionais não puderem ser totalmente evitados, devem atuar como fonte de informação e de auxílio às partes, e não tomar conta por completo de conflitos que não são seus.

Com isso, Christie aponta para o nascimento de um espaço em que as partes diretamente envolvidas no conflito, quais sejam, ofensor, vítima e a comunidade, possam participar na construção de uma solução e na recuperação daquilo que foi perdido. Com este processo, além das vulnerabilidades da vítima, vulnerabilidades do ofensor podem ser expostas, sejam elas sociais, educacionais, médicas ou até religiosas, e por isso deverão ser melhor investigadas e, se possível, curadas com vista à sua recuperação e reintegração social. Nas palavras de Christie (1977, p. 11):

*Much deviance is expressive, a clumsy attempt to say something. Let the crime then become a starting point for a real dialogue, and not for an equally clumsy answer in the form of a spoonful of pain. Social systems must be constructed so that a dialogue can take place. (...) my position can be condensed into views that social systems ought to be constructed in*

---

12 Vale esclarecer que com “reparação do dano” Christie não se refere exclusivamente à reparação financeira, que já existe na justiça civil, mas à reparação do prejuízo num sentido muito mais amplo, o qual pode ser de ordem patrimonial, emocional, social, terapêutica, etc. Até porque, em muitos casos, os criminosos são indivíduos marginalizados, que não podem reparar financeiramente o dano. É também por isso que o sistema criminal impõe que os pobres paguem por seus pecados com a única comodidade que possuem: o tempo. O tempo lhes é retirado para criar dor.

*ways that reduce to a minimum the perceived need for infliction of pain for the purpose of social control. Sorrow is inevitable, but not hell created by man.*

Apesar de num primeiro momento parecerem ideias utópicas, Christie reforça o entendimento de que a transformação depende da quebra de paradigmas, da mudança no olhar para o crime, para o criminoso (que continua a ser humano, suscetível a erros, arrependimentos e mudanças), para a vítima (que tem sim a capacidade de perdoar e interesse na construção de uma solução de pacificação) e para as respostas buscadas.

É claro que as formulações do autor deixam diversas questões sem resposta ou insuficientemente respondidas, mas, em última análise, deixam como legado essenciais reflexões acerca do objetivo maior a guiar as mudanças sociais e de justiça: o de reduzir a dor como linguagem e como forma de controle social ao menor número de casos possível. Deve-se buscar sempre soluções que priorizem o diálogo ao invés do uso da força, que componham respostas ao invés de impô-las e que encorajem a reparação (o bem) ao invés da imposição do mal, tudo isso visando a pacificação pessoal e comunitária, a reparação do dano à vítima e a reintegração do ofensor. Para todas as objeções à criação de uma justiça menos punitiva, questiona Nils Christie (2007, p. 97): *“why should the impossible cases hinder a decent solution where decency is possible? Why not restrict the area for punishment to the utmost by actively taking away all those cases that might be taken away? Let us construct conciliatory bodies”*.

### **3 O SURGIMENTO DE UM OUTRO MODELO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS: A JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Essa mudança de postura, de olhar para o crime, reverberou mundo afora e inspirou, junto com outras correntes criminológicas surgidas após a década de 1960, como a vitimologia, a *peacemaking criminology* e os movimentos feministas, o nascimento do pensamento restaurativo. Este pensamento nasce da intersecção de várias linhas de críticas da justiça penal e assenta na ideia de que justiça tradicional falhou naqueles que deveriam ser os seus objetivos primeiros: não é bem sucedida na ressocialização do agente; não garante a satisfação das necessidades concretas da vítima, correspondendo mal às suas expectativas de superação do conflito e dos danos havidos; não fomenta a participação da comunidade e não garante a pacificação de sociedades alarmadas pela violência e pela criminalidade (SANTOS, Cláudia, 2008, 37).

Apesar das várias diferenças com o movimento abolicionista, notadamente no que diz respeito à coexistência da justiça penal e da justiça restaurativa<sup>13</sup>, o pensamento restaurativo possui

---

13 Apesar de o movimento restaurativo reconhecer que todas as limitações impostas pelo sistema penal supõem um desvalor (a norma proibitiva, a sujeição ao processo penal e a punição), é precisamente o mal da pena que mais enfaticamente rejeita (SANTOS, 2014, p. 334).

em seu cerne diversos elementos também centrais ao abolicionismo, como os procedimentos e as práticas voluntárias, participativas, não punitivas e reparadoras, bem como uma grande preocupação com a integração social, por meio da criação de espaços de encontro e diálogo que permitam aos envolvidos no conflito o conhecimento mútuo e a construção de uma solução específica para cada caso.

Para Cláudia Santos (2014, p. 42), a justiça restaurativa significa “uma nova incumbência estadual de oferta ao agente e à vítima do crime de uma possibilidade de pacificação do conflito (inter)pessoal”; uma resposta curativa ao dano sofrido por cada um dos envolvidos no crime, “(i) quer dos males sofridos pela vítima, (ii) quer do diminuído sentido de responsabilidade do infractor perante os deveres vistos como essenciais no grupo a que pertence, (iii) quer da abalada relação de proximidade existencial entre o agente e a vítima, assim como da sua ‘comunidade de próximos’” (SANTOS, 2014, p. 173).

Segundo Howard Zehr (2014, p. 19-23), a justiça restaurativa enxerga o crime como uma violação das relações interpessoais e das obrigações que permeiam essas relações, sendo que essa transgressão gera outras obrigações ao ofensor. Nesta perspectiva, a realização da justiça deve envolver a vítima, o ofensor e os membros da comunidade, todos em esforço comum para solucionar o conflito, com foco nas necessidades da vítima e na responsabilidade do ofensor em reparar o dano causado. Enquanto isso, na justiça penal o crime é tido como uma violação das leis e do Estado e, em decorrência disso, emerge a culpa, não outras obrigações. A realização da justiça, neste sentido, requer a determinação da culpa por parte do Estado e a imposição de uma pena (dor). Para o autor, portanto, essa nova forma de responder ao crime requer, no mínimo, que se aborde os danos e necessidades das vítimas; que os ofensores sejam responsabilizados à reparação dos danos; e que todos os envolvidos no conflito participem do processo de reparação, inclusive a comunidade.

Nesta nova perspectiva, John Braithwaite (2003, p. 8-13) sugere que os elementos ou os valores da justiça restaurativa sejam divididos nos seguintes grupos: *constraining values*, de caráter obrigatório e que se não observados podem comprometer severamente a finalidade do procedimento restaurativo; *maximising values*, que devem ser encorajados; e *emerging values*, que podem emergir naturalmente de um procedimento restaurativo bem sucedido. Dentro do primeiro grupo, dos valores obrigatórios, encontram-se elementos impositivos, que devem ser fielmente observados para evitar que o procedimento se torne opressivo, tais como: o elemento da não-dominação, que significa que um dos participantes não pode se sobrepor ou dominar o outro, devendo qualquer tentativa neste sentido ser contida; o *empowerment*, uma vez minimizadas as diferenças de poder e não existindo dominação, o empoderamento das partes ocorrerá e assim poderão atuar da forma mais livre possível, expressando seus sentimento e desejos de reparação do conflito; *honouring*

*limits* (honrando os limites), que pode ser traduzido como a impossibilidade de se estabelecer um acordo de degradação ou humilhação, ou que ultrapasse os limites legais de sanção; a escuta respeitosa, estabelece que todos os participantes deverão escutar respeitosamente a fala dos outros; *equal concern for all stakeholders*, o qual significa que, para que se alcance um acordo restaurativo, o procedimento tem de ser igualitário, assim, tanto a vítima quanto o ofensor e a comunidade devem ser respeitosamente ouvidos e levados em consideração; *accountability, appealability*, tratam do reconhecimento de que qualquer das partes pode submeter o acordo restaurativo à apreciação da justiça tradicional e, se for a intenção de qualquer uma delas, de optar pelo julgamento perante um tribunal; por último, respeito aos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e demais acordos internacionais sobre o tema.

Quanto ao segundo grupo de valores (*maximising values*), o autor aponta que são aqueles relacionados aos possíveis objetivos dos encontros restaurativos, que podem incluir a reparação dos danos materiais, a minimização das consequências emocionais do conflito, a restauração da dignidade, a prevenção à prática de novos delitos, entre outros. Podem ser rejeitados pelas partes em razão do empoderamento e, caso o sejam, o mediador poderá sugerir o adiamento do encontro, a fim de convidar novos participantes para que estes valores sejam novamente discutidos. Por último, no terceiro grupo de valores (*emerging values*), encontram-se aqueles que podem surgir espontaneamente do procedimento restaurativo, como um pedido de desculpas, o sentimento de remorso pela injustiça causada, o perdão pelo ato, etc. (BRAITHWAITE, 2003, p. 11-13).

É importante alertar desde já que a justiça restaurativa se apresenta em várias formas, tais como a mediação vítima-ofensor (talvez a mais recorrente), as conferências e os círculos de sentença. Aliás, antes mesmo de existir o termo “justiça restaurativa” já existiam diversas iniciativas isoladas em funcionamento entre os anos 1970 e 1980, especialmente nos Estados Unidos e no Canadá. Assim, talvez o correto seja dizer que não existe uma única definição ou um modelo de justiça restaurativa, mas diferentes propostas e práticas em busca de uma teoria. É por isso que Walgrave (2008, p. 11) afirma que a justiça restaurativa é um produto inacabado à procura de maneiras construtivas de lidar com as consequências do crime, o qual faz parte de uma ampla agenda socioética e política.

Diante da vasta literatura e de manifestações práticas surgidas em diversos locais do mundo, em 2002, a Organização das Nações Unidas, por meio do Conselho Social e Econômico, emitiu a Resolução nº 2002/12 que contém princípios básicos da justiça restaurativa. As práticas restaurativas ali referidas são a mediação, a conciliação, as conferências e os círculos de sentença. Não se trata de um catálogo de princípios de observação obrigatória, mas de um guia geral, que pode ou não ser seguido pelos países que pretendem adotar programas restaurativos em matéria

criminal em seus sistemas jurídicos<sup>14</sup>. Antes disso, o referido Conselho já havia emitido a Resolução nº 2000/14, de 27 de julho de 2000, que tratou especificamente da mediação penal. No âmbito Europeu, foram emitidos os seguintes documentos (que tratam no todo ou em parte da justiça restaurativa ou, em específico, da mediação penal): Recomendação Nº R (99) 19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa de 15 de setembro de 1999; Decisão-Quadro do Conselho de 15 de março de 2001 (2001/220/JAI); Directiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012.

No Brasil, apesar de haver vários estudos e práticas nacionais há vários anos, somente em 2016 o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução Nº 225, de 31 de maio de 2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. O documento procura estabelecer o que é justiça restaurativa, quais são seus fundamentos e finalidades e como poderá ser aplicada nos tribunais<sup>15</sup>.

Ao contrário do que pode parecer num primeiro momento, este novo modelo de justiça não pretende barrar a participação do Estado e não busca a privatização da justiça, assim também como não pretendia a formulação de Christie. Este inclusive é um argumento frequente daqueles que se opõem ao movimento restaurativo, como se se estivesse defendendo o retorno ao período pré-iluminista, da vingança privada. A verdade, no entanto, é que se busca “mais Estado social e solidário no reconhecimento de um novo direito dos cidadãos atingidos pelo crime: o direito a um espaço de encontro que lhes permita uma reparação e uma responsabilização face aos males concretos que o crime significou” (SANTOS, 2007, p. 473).

Porém, ao considerar que a justiça restaurativa tem como um de seus objetivos a devolução do conflito às partes, mas, ao mesmo tempo, que aceita a existência (ainda que da forma mais enxuta possível) da justiça penal, que pressupõe a publicização destes mesmos conflitos, é normal que surjam os seguintes questionamentos: como determinar, então, a quem pertence o conflito penal? Quem afinal tem legitimidade para solucioná-lo?

Talvez as respostas para estas questões devam partir do reconhecimento de que num único crime existem dois conflitos, com naturezas e titulares diversos (SANTOS, 2014, p. 466). Pode-se dizer que num singular acontecimento histórico, que se convencionou chamar de crime, existe um conflito de natureza pública – entre o ofensor e o Estado, este último na qualidade de representante de toda a sociedade – e um de natureza interpessoal, entre o ofensor e a vítima. Neste sentido, a justiça punitiva se ocuparia da dimensão pública do conflito enquanto a justiça restaurativa da sua

---

14 A resolução pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

15 A Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

dimensão privada; haveria, assim, uma complementariedade de respostas<sup>16</sup>.

Contudo, é também correto afirmar que nem sempre a ocorrência de um delito corresponde à necessidade de uma pena a cargo da justiça penal e de uma solução reparadora a ser obtida por meio da justiça restaurativa, cada uma funcionando como um sistema autônomo destinado a um conflito (SANTOS, 2007, p. 471). Diferente do que imaginavam os primeiros estudiosos do tema, a justiça restaurativa não é mais um prego, muito menos o último prego, no caixão da justiça penal.

Isso porque, há casos em que a aplicação de uma pena se torna dispensável em razão da solução consensual encontrada, ou então porque o conflito público não possui relevância. De outro lado, existem casos em que a solução do conflito interpessoal não é suficiente para abrandar a dimensão pública; casos em que não é razoável exigir a conformação da comunidade com a solução reparadora, seja porque o crime é grave e abalou de forma intensa a ordem social, a qual precisa ser reafirmada pelas normas jurídicas, ou seja porque o agente é perigoso e pode vir a reincidir, arrebatando novas vítimas no futuro. A defesa do interesse público na não adoção de determinadas condutas deverá continuar a pertencer ao Estado, em nome da sobrevivência da própria comunidade (SANTOS, 2006, p. 89). Ou, ainda, porque há casos em que a vítima e/ou o ofensor simplesmente não têm interesse numa solução restaurativa.

É verdade que a justiça penal admite limitações severas às liberdades individuais; por óbvio, não se ignora a gravidade de uma pena de prisão e de seus efeitos sobre a pessoa do apenado e suas relações sociais. É por isso que a pena a cargo da justiça criminal deve ser limitada ao menor número possível de casos. Mas é também verdade que, quando essas limitações forem incontornáveis, não se encontra alternativa melhor do que a resultante do garantismo penal (SANTOS, 2007, p. 472)<sup>17</sup>. Como já disse José de Faria Costa (2001, p. 35), punir é um duro fardo que alguém tem de transportar e este alguém deve continuar a ser a justiça penal.

Sobre este ponto, Howard Zehr (2014, p. 10) explica que a justiça restaurativa não é uma resposta para todas as situações, não há sequer clareza quanto à possibilidade de substituir o sistema de justiça tradicional por completo, mesmo num mundo ideal. Muitos acreditam que mesmo que a justiça restaurativa possa ser amplamente implementada, alguns sistemas legais do mundo ocidental (preferencialmente aqueles orientados para os ideais restaurativos) ainda seriam necessários como um *backup* e utilizados como guardiões dos direitos humanos. Braithwaite (1998, p. 336), do

---

16 Não se ignora, contudo, a existência de uma corrente maximalista da justiça restaurativa (ou “centrada nos resultados”) que pretende a sua sobreposição à justiça penal, mediante, inclusive, a imposição coercitiva de soluções de reparação. Sobre o tema, consultar: WALGRAVE, 2003, p. 61-78.

17 Não se desconhece que hoje, muitas vezes, o garantismo penal é utilizado como recurso para defesa e manutenção da intervenção penal além da mínima. Em nome deste garantismo, que deveria proteger o ofensor, defende-se um processo penal engessado, rígido e obsoleto, que ao final, invariavelmente, resultará numa pena privativa de liberdade ou numa pena alternativa, sem outra saída. Essa visão obstaculiza alternativas não punitivas, como se um sistema mais flexível fosse necessariamente antigarantista. Não é essa a ideia que aqui se defende.

mesmo modo, afirma que, ao contrário das mais radicais versões do abolicionismo, a justiça restaurativa vê vantagem na preservação do papel do Estado como “cão de guarda” dos direitos e admite que, para a minoria das pessoas que estão nas prisões, pode ser necessário proteger a sociedade por meio do seu encarceramento<sup>18</sup>.

Apesar da recomendada coexistência dessas duas formas de responder ao crime, não se pode interpretar a justiça restaurativa como uma nova modalidade de aplicação de penas alternativas, passível de colonização pela lógica da justiça tradicional burocrática e punitiva, uma vez que aquela constitui forma radicalmente diversa de auferir a responsabilidade e de realizar a justiça. Aliás, não se pode desvalorizar o fato de que, talvez, um dos fortes obstáculos que a proposta restaurativa tem de enfrentar e combater é a estranheza que pode representar algumas concepções do que é reagir ao crime de forma justa (SANTOS, 2014, p. 202), nomeadamente a concepção iluminista e puramente liberal de justiça, aquela que norteia o direito penal moderno.

De modo geral, pode-se dizer que não existe uma fórmula pronta para responder ao crime, pois este acontecimento pode suscitar conflitos diversos, aos quais distintos sistemas devem dar respostas. A justiça penal e a justiça restaurativa são formas de responder apenas a duas dimensões, que podem ser complementares ou alternativas, a depender do caso, e também não excluem a existência de outras, como a socioeconômica, que deve ser tratada pelo Estado por outros meios, notadamente pela criação de políticas públicas de assistência. Mas, deve-se ter sempre como objetivo inegociável a diminuição da resposta punitiva, restrita ao menor número de casos possível.

Assim, é possível dizer que para o movimento restaurativo não há propriamente um “roubo do conflito”, como explorado por Nils Christie, pois o Estado, por meio da justiça penal, se ocupa da dimensão do conflito que lhe pertence. Todavia, diante da incipiência ou da inexistência de outros modelos de resolução, o Estado nega a existência de outras dimensões. Por meio do monopólio do poder de punir, o Estado não é culpado pela apropriação do conflito, mas é culpado por perpetuar uma compreensão exclusivamente pública, desconsiderando o impacto individual e concreto que nele pode existir. “E será culpado por, ao desconsiderar este conflito, não ter fornecido aos cidadãos outros mecanismos – que não a justiça penal – que lhes permitam ultrapassar, de forma reparadora, esse conflito e os danos que causou” (SANTOS, 2007, p. 472-473).

Assim, é necessário que se tenha sempre à vista a afirmação de Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 25), segundo o qual “o direito penal constitui apenas um dos componentes do sistema global de controle social e se encontra por isso numa rede de múltiplas relações e interdependências

---

18 É óbvio que este reconhecimento não implica numa defesa acrítica da punição aplicada pela justiça penal. Pelo contrário, tentou-se demonstrar no ponto anterior que as finalidades da pena, que são também finalidades do direito penal, são tão somente finalidades legitimadoras da dor. Conhece-se, por certo, os desvalores inerentes ao funcionamento do sistema penal, que por isso deve ser limitado ao mínimo.

com outras formas de resolução de conflitos sociais”.

## **CONCLUSÃO**

As mazelas do funcionamento da justiça penal e a inoperância das finalidades declaradas da pena são escancaradas pelo abolicionismo penal de Nils Christie, que não mede esforços para deslegitimar um sistema, na teoria, criado para prevenir a ocorrência de crimes e reabilitar os agentes criminosos, mas que, na prática, atua somente para distribuir sofrimento e dor. E não uma dor que objetiva um bem, uma reparação, mas uma dor que paralisa, não educa e dificulta a transformação.

A justiça restaurativa nasce justamente da crise de legitimidade da justiça penal e pretende dar uma resposta diferente ao crime daquela que é dada pelo sistema penal.

Este é o desafio. Ao invés da afluência já existente no crime e na resposta dada pela justiça penal, deve-se criar espaços de proatividade aos sujeitos vitimizados e criminalizados para que sejam desafiados a ressignificar o ocorrido e a propor medidas criativas de pacificação e de reparação. O objetivo deve ser reparar a violência do crime e evitar a violência do Estado.

No Brasil, especificamente, onde o sistema penal é claramente seletivo e utilizado para a gestão penal da pobreza, o fechamento desses espaços de participação e de diálogo se torna ainda mais cruel. Nesse contexto, poder falar significa abrir oportunidades de autocrítica, internalização de culpa, assunção de responsabilidades e emancipação. “A sociedade brasileira se reconheceria, assim, em seus heróis do cotidiano, ora vitimizados, ora criminalizados, mas um de frente ao outro, com dignidade, sem monstros, apenas pessoas” (GIAMBERARDINO, 2014, p. 197).

Concorda-se com Eduardo Galeano, que, certa vez, afirmou que a utopia é como o horizonte: se dez passos são dados em direção a ele, dez passos ele se afasta; apesar de inalcançável, a utopia serve para que se continue caminhando.

Pode-se dizer, em jeito de comparação, que a abolição completa do sistema penal, pelo menos nas sociedades atuais, é como o horizonte, impossível de ser alcançada, mas que deve ser sempre perseguida. Para Alessandro Baratta (1999, p. 205), o abolicionismo penal deve ser considerado uma utopia orientadora, diante da possibilidade de tomá-lo como guia para a elaboração de políticas criminais que reduzam a incidência do sistema penal.

Contudo, compreende-se muito bem que as mudanças não podem estar sempre a aguardar no horizonte. São urgentes aqui e agora.

## **BIBLIOGRAFIA**

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: *O novo código de processo penal: Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 1995.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 1999, p. 205.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2013.

BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, Andrew [et al] (Org.). *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

\_\_\_\_\_. Restorative justice. In: TONRY, Michael (Org.). *The handbook of crime and punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 336

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, vol. 17, Issue 1, 1 January 1977, p. 1-15. Disponível em: <<https://academic.oup.com/bjc/article-abstract/17/1/1/411623>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Images of man in modern penal law. *Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, n. 1, p. 95-106, 1986.

\_\_\_\_\_. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy*. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007.

COSTA, José de Faria. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). *Mal, símbolo e justiça* (Actas das Jornadas Internacionais realizadas em Coimbra nos dias 8 e 9 de Dezembro de 2000). Coimbra: Faculdade de Letras, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral, tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35955/R%20-%20T%20-%20ANDRE%20RIBEIRO%20GIAMBERARDINO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam Editora, 1993.

LEMERT, Edwin. *Human deviance, social problems and social control*. New Jersey: Prentice-Hall,

1967.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo I: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña [et al]. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 16, nº 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. A mediação penal: uma solução divertida? In: *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências e reforma: colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Instituto Brasileiro de Ciência Criminais (Org.). São Paulo: IBCCRIM, 2008.

\_\_\_\_\_. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, nº 3, julho-setembro 2007, p. 459-474. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal: noções gerais, elementos do processo penal*. 6. ed. vol. 1. Lisboa: Verbo, 2010.

WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. In: VON HIRSCH, Andrew [et al] (Org.). *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

\_\_\_\_\_. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, Howard. *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. 3. ed. Ontário: Herald Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *The little book of restorative justice*. New York: Good Books, 2014.

# EXPRESSÕES CORPORAIS E FACIAIS E ANÁLISE DE VOZ COMO MEIO DE PROVA *PRO REO* EM DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PLENITUDE DA DEFESA

Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI<sup>1</sup>  
Beatriz Ferruzzi REBES<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de estudar as expressões não verbais emitidas pelos seres humanos e os tons de suas vozes como eventuais meios de provas a serem utilizadas em prol do réu no processo penal. Utilizando como pressuposto de estudo experiências realizadas por diversos autores do ramo da psicologia, os quais se dedicaram durante anos a estudar o comportamento humano nas mais diversas situações. No âmbito jurídico o artigo faz uma relação com o princípio constitucional da Plenitude da Defesa, o qual assegura ao réu submetido ao Tribunal do Júri a possibilidade de utilizar diversos tipos de provas para convencer jurados leigos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Expressões Corporais e Faciais; Voz; Meios de Provas; Plenitude da Defesa; Processo Penal.

## RESUMO

The present work has the objective of studying the nonverbal expressions emitted by the human beings and the tones of their voices as possible means of proofs to be used in favor of the defendant in the criminal process. Using as a study presupposition, experiments carried out by several authors in the field of psychology, who have dedicated themselves for years to studying human behavior in the most diverse situations. In the legal framework, the article relates to the constitutional principle of fullness of defense, which ensures the defendant submitted to the jury court the possibility of using various types of evidence to convince lay jurors.

**KEYWORDS:** Corporal and Facial Expressions; Voice; Means of Evidence; Fullness of Defense; Criminal proceedings.

## 1. INTRODUÇÃO

Sabemos que o direito é majoritariamente pautado por atos escritos e documentados, mas a evolução tecnológica da sociedade exige que o processo e a ciência jurídica evoluam também, e o direito não pode se eximir disso.

O ponto primordial da presente discussão é conseguir detectar, que principalmente do caso do processo penal, tratamos na maioria das vezes da liberdade individual de um homem, por isso, temos diante de cada caso conjuntos de vários aspectos subjetivos que merecem e devem ser analisados processualmente.

---

1 É Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2002), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (1996) e graduado em Direito pela Toledo/PP. Desde 1996 é Delegado de Polícia do Estado de São Paulo, e docente do Centro Universitário Toledo Prudente de Pres. Prudente-SP desde 2003.

2 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2019). Atualmente é Advogada da Siqueira Macarini Advogados.

Atualmente, as provas verbais, como o interrogatório e os depoimentos de testemunhas, são valoradas de acordo com o livre convencimento do juiz, podendo até mesmo possuir um valor superior ao das demais. Mas para conseguir fazer essa análise com a maior exatidão possível é necessário que se faça uma relação entre a ciência jurídica e a psicologia, posto que, essa última consegue tratar do corpo humano e suas reações em cada tipo de situação.

Por meio do método dedutivo e qualitativo, buscou-se realizar essa correlação, tendo como base estudos psicológicos já realizados sobre o tema, verificando a possibilidade de aplicá-los praticamente no processo penal brasileiro, desde que *pro reo*, em decorrência do Princípio da Plenitude da Defesa, além de embasar-se em pesquisas documentais e bibliográficas.

## 2. MEIOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Para se estudar a ciência processual, é essencial o estudo das provas, pois trata-se de instrumento “fundamental para a busca da decisão mais justa possível dentro do processo, seja condenatória, seja absolutória” (DEZEM, 2016, p. 448), além de caracterizar uma análise de valores que ficam sob discussão no Direito Processual Penal presentes na sociedade.

Segundo Antonio Milton Barros (2001, p. 01), apesar de a palavra “provas” possuir vários significados, pode-se resumi-los em “busca pela verdade para formar o livre convencimento do juiz.”

Já Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 388), divide o conceito em três formas de acepções: “ato de provar, meio e resultado da ação de provar”.

Para André Estefam (2008, p. 15), “a prova é todo elemento trazido no processo pelo Juiz ou pelas partes, destinado a demonstrar a veracidade de uma afirmação”. Para ele, a prova é pressuposto para que a lei seja aplicada ao caso concreto.

É importante definir ainda o que são meios, objetos e fontes de prova. Meios de provas podem ser definidos como procedimentos a serem tomados, regulamentados por lei, os quais objetivam a obtenção de mecanismos materiais para instrução do processo. Para Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 235), “meios de prova são tudo o quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação que se procura no processo: testemunhas, documentos, perícia, etc.”

Nucci dispõe nesse mesmo sentido ao caracterizar esses meios como recursos, métodos ou procedimentos (2011, p. 389):

São todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Na lição de Clariá Olmedo, é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso (Tratado de derecho penal, v.1, p. 448).

Como objetos de prova, podemos fazer referências aos fatos pertinentes da controvérsia,

que necessitam ser provados. Por fim, fontes é o termo utilizado para se tratar das pessoas ou coisas das quais se pode extrair algum tipo de informação que interferirá no convencimento do juiz e conseqüentemente na solução da causa.

Assim como falamos que objetos de prova são os pontos controvertidos do processo, que precisam ser esclarecidos, há também fatos que não precisam ser provados, como por exemplo, os fatos notórios. Fatos de domínio social, cujo a sociedade em geral possui pleno conhecimento sobre, são os chamados fatos notórios. Para Nucci (2011, p. 392), o direito também é outro ponto que não precisa ser provado, posto que o juiz possui conhecimento e domínio sobre ele, exceto quando se tratar de dispositivos estaduais, municipais, estrangeiro ou ainda consuetudinário, os quais deve-se comprovar quanto a real existência e vigência.

Há de se falar ainda em fatos intuitivos ou evidentes, os quais são segundo Denilson Feitoza (2010, p. 749, “fatos evidentes, as verdades axiomáticas do mundo do conhecimento. Por exemplo, não se tem que provar que a cocaína causa dependência”.

Por fim, os fatos irrelevantes ou inúteis “são aqueles que não possuem qualquer relação com a causa e, por isso, devem ficar fora de discussão no processo” (DEZEM, 2016, p. 456). Por exemplo, se não há dúvidas sobre a pessoa que praticou um crime de homicídio, não há porque considerar a roupa que ela usava no momento da conduta como ponto controvertido do processo.

Ao estudar sobre provas nos cabe também discorrer brevemente sobre prova emprestada e prova ilícita. Tourinho Filho define a prova emprestada da seguinte maneira (2012, p. 236):

Como o próprio nome está a indicar, prova emprestada é aquela colhida num processo e translada para outro. Ora é um testemunho, ora uma confissão, uma perícia um documento, enfim, uma prova produzida em um processo e transferida para outro. Não há dúvida quanto essa possibilidade. Contudo, vigorando entre nós os princípios do contraditório e da ampla defesa, parece claro que o valor probatório dessa “prova emprestada” fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório, do contrário ela se torna ilícita, visto que obtida com violação de princípios constitucionais.

Já as provas ilícitas, conforme artigo 157 do Código de Processo Penal devem ser desentranhadas do processo, por serem inadmissíveis, pois violam normas constitucionais ou legais. Tourinho Filho segue esse entendimento ao afirmar de maneira exemplificativa que, “Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex. confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada do processo” (2012, p. 293).

Renato Brasileiro de Lima entende que provas ilícitas e provas ilegítimas são espécies do gênero provas ilegais, afirmando ainda que uma prova pode ser ilícita e ilegítima simultaneamente, conforme segue (2016, p. 519):

Nessa hipótese, a prova é obtida mediante violação simultânea à norma de direito material e processual. É o que ocorre, a título de exemplo, com uma busca e apreensão domiciliar

cumprida por uma autoridade policial, independentemente de prévia autorização judicial, nem tampouco situação de flagrante delito. Em tal situação haverá violação de norma legal, na medida em que a conduta é prevista como crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65, art. 3º, “b”), assim como de norma processual que prevê os requisitos para a realização de busca e apreensão domiciliares (CPP, art. 240 a 250, c/c art. 5º, XI, da Constituição Federal).

Fala-se ainda em prova ilícita por derivação, posto que “de nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam” (LIMA, 2016, p. 522).

Desse entendimento surgiu a Teoria da Árvores dos Frutos Envenenados (*fruit of the poisonous tree*), pela qual estão contaminadas todas as provas derivadas de uma prova ilícita, ainda que lícitas em si. Tal afirmação encontra-se respaldo até mesmo legalmente, “São inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciando o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (artigo 157, § 1º, Código de processo Penal).

Para Estefam, as provas derivadas se contaminam pela ilicitude (2008, p. 22), “Segundo essa Teoria, todas as provas obtidas com base na prova ilícita (árvore) são contaminadas pela ilicitude (frutos envenenados), mesmo que seja por si, lícitas.”

Lima afirma que a prova derivada é aquela que não seria obtida sem a colaboração da prova ilícita (2016, p. 523):

Em outras palavras, não fosse a prova ilícita originária, jamais teria sido possível a prova que dela derivou. Nessa linha de pensamento, é possível concluir que a ilicitude da prova originária transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, ou, finalmente, nela encontrem o seu fundamento causal.

Como tentativa de mitigar o efeito da derivação da ilicitude, destacamos a Teoria da Fonte Independente, a qual defende que se a prova não será maculada se puder ser obtida de maneira originária, conforme segue (LIMA, 2016, p. 524-525):

Se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. Há de se tomar extrema cautela com a aplicação da exceção da fonte independente, a fim de não se burlar a proibição da valoração das provas ilícitas por derivação, dizendo tratar-se de fonte independente.

Ou seja, para se valer da fonte independente, deve-se demonstrar de maneira fática a inexistência de nexo causal entre a prova obtida e a ilicitude.

Para Barros, torna-se possível a utilização da prova ilícita *pro reo*, de acordo com o Princípio da Proporcionalidade (2001, p. 34):

Consiste em admitir-se a prova ilícita, em caráter excepcional, com base no equilíbrio entre os valores em disputa, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inciso LVI, do art. 5º, quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior

também garantido pela Constituição, conforme o escólio de Scarance, que exemplifica com a utilização da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência de direitos fundamentais do próprio interessado ou terceiros. Na prova ilícita pro reo, aduz a inadmissibilidade da prova ilícita afirmada no inciso LVI, do art. 5º, da Constituição cede terreno a outro preceito constitucional, o que assegura a todo réu ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (art 5º, LVI). Diante desse confronto entre duas normas constitucionais de conteúdo processual, a segunda tem caráter prevalente.

Feitas essas considerações gerais a respeito do estudo de provas, analisemos então algumas espécies de provas típicas do Código de Processo Penal.

## 2.1 Prova Pericial e Exame de Corpo de Delito

O artigo 158 do Código de Processo Penal estabelece que, “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Lima o corpo de delito da seguinte maneira (2016, p. 538):

“é o conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal. A palavra *corpo* não significa necessariamente o corpo de uma pessoa. Significa sim o conjunto de vestígios sensíveis que o delito deixa para trás, estando seu conceito ligado à própria materialidade do crime. Exemplificando, suponha-se que haja um delito de latrocínio no interior de um apartamento. Nessa hipótese, o corpo de delito não se resume ao cadáver, abrangendo também todos os vestígios perceptíveis pelos sentidos humanos, tais como eventuais marcas de sangue deixadas no chão, a arma de fogo utilizada para a prática do delito, eventuais sinais de arrombamento da porta do apartamento, etc.”

Nesse mesmo sentido, argumenta Nucci (2011, p. 398):

Corpo de delito é a prova da existência do crime (materialidade do delito). Como ensina Rogério Lauria Tucci, “corresponde ao conjunto de elementos físicos, materiais, contidos explicitamente, na definição de crime, isto é, no modelo legal” (Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro, p.14). O exame de corpo de delito é a verificação da prova da existência do crime, feita por peritos, diretamente ou feita por intermédio de outras evidências, quando os vestígios, ainda que materiais desapareceram.

Como citado pelo autor e nos termos do artigo 159 do Código de Processo Penal, “o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”. No entanto, esse regramento de procedimento não é absoluto, conforme consta Tourinho Filho (2012, p. 280):

O procedimento retrocitado, entretanto, não é absoluto. Admite exceções. Assim, se não houver perito oficial, o exame será feito por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, as que tiveram habilitação técnica relacionada à natureza do exame, nos termos, nos termos do § 1º do art.159 do CPP

Existe ainda a possibilidade de ser realizada por um perito não oficial, o qual por não ser funcionário público, deve prestar compromisso com a verdade, já que não é portador de fé pública.

Diante do exposto, os exames periciais são de extrema importância para crimes com vestígios materiais, posto que, são capazes de comprovar a materialidade do fato, através de suas impressões sobre objetos e coisas.

## 2.2 Interrogatório

O procedimento do interrogatório é descrito pelo artigo 186 do Código de Processo Penal e conceituado da seguinte forma por Nucci (2011, p. 421):

Denomina-se interrogatório judicial o ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação.

O interrogatório pode ser realizado em vários momentos, tais como, durante a investigação, em plenário do júri ou após o recebimento de denúncia ou queixa, conforme artigo 196 do Código de Processo Penal ao estabelecer que, “A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”.

Destaca-se que a falta do interrogatório enseja em nulidade do processo, além de ser procedimento personalíssimo que só pode ser aplicado ao réu.

## 2.3 Confissão

A confissão nada mais é que “a admissão do fato imputado na acusação contra si por parte do acusado” (DEZEM, 2016, p. 572).

Há divergências na doutrina sobre se seria realmente ou não um meio de prova, a favor argumentam Guilherme Nucci, Tourinho Filho, entre outros. No entanto, Vicente Greco Filho, não entende nesse sentido, para ele “não ser ela meio de prova, mas a própria prova, na medida em que o meio de prova é o instrumento pelo qual ela se manifesta (normalmente, o interrogatório)” (GRECO FILHO *apud* DEZEM, 2016, p. 572).

Barros também emite conceito a favor de a confissão ser considerada meio de prova (2001, p. 73):

No campo do direito processual, a confissão é o reconhecimento realizado em juízo por uma das partes, a respeito da veracidade dos fatos que lhe são atribuídos e capazes de ocasionar-lhes consequências jurídicas desfavoráveis. No processo penal é aceitação pelo autor da prática criminosa, da realidade da imputação que lhe é feita.

Para Julio Fabbrini Mirabete, a confissão é um “testemunho duplamente qualificado” (2006, p. 286):

Seu objeto é, portanto, a imputação, o fato que configura o crime e suas circunstâncias. É conhecido como um “testemunho duplamente qualificado”, pois, do ponto de vista objetivo, recai sobre fatos contrários ao interesse de quem confessa, e do ponto de vista subjetivo, provem do próprio réu e não de terceiro.

A doutrina classifica ainda a confissão em algumas modalidades, como por exemplo, quando ao conteúdo, podendo ser simples ou qualificada (DEZEN, 2016, p. 573):

Simples é a confissão que não apresenta qualquer outro fato que possa beneficiar o confitente. Assim, o sujeito que pura e simplesmente diz “matei”, faz confissão simples. Qualificada é a confissão em que se apresenta algum elemento que possa beneficiar o confitente. No exemplo anterior, ocorreria se, por exemplo, o confitente dissesse “matei, mas em legítima defesa”. Mirabete ainda apresenta a modalidade de confissão complexa. Segundo o autor, confissão complexa é aquela em que vários são os fatos confessados.

Outra classificação que merece ser destacada é quanto à expressa manifestação de vontade (DEZEN, 2016, p. 573):

A confissão pode ser expressa (explícita) ou ficta (implícita). Expressa é a confissão em que o confitente, de maneira clara e expressa, admite o ato imputado contra si. Ficta é a confissão decorrente de ato de abstenção do confitente, seu silêncio no interrogatório, por exemplo. Evidentemente, somente a confissão expressa é admitida no sistema brasileiro, não tendo sido recepcionado pela Constituição Federal o disposto no art. 198 do CPP.

É importante ressaltar o direito que o denunciado, indiciado ou réu tem de permanecer em silêncio e de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). A confissão expressa no entanto, seria uma forma de o réu renunciar seu direito de defesa, na medida em que assume a prática do fato imputado contra si.

Esse meio de prova possui um valor probatório relativo, conforme mencionado pelo próprio artigo 197 do Código de Processo Penal, “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

Esse confronto deve ser realizado em razão da dificuldade de aceitarmos que uma pessoa poderia se submeter a produção de provas contra si mesmo. Tourinho Filho ainda chega a afirmar que “circunstâncias várias podem levar um indivíduo a reconhecer-se culpado por uma infração que realmente não praticou” (2012, p. 320). Portanto, trata-se de um meio de prova cercado de uma certa insegurança jurídica.

## 2.4 Testemunhas

É regulamentada entre os artigos 202 e 225 do Código de Processo Penal, e também deve ser analisada junto aos demais meios de prova (DEZEN, 2016, P. 584). O artigo 203 estabelece o seguinte:

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Tourinho Filho faz algumas diferenciações sobre os tipos de testemunhas (2012, p. 339):

Diz-se direta a testemunha, quando depõe sobre os fatos a que assistiu. Indireta, quando

depõe sobre fatos cuja existência sabe por ouvir dizer. É a testemunha de audito, ou “testemunhos de ouvir dizer”. Quanto a estes, hearsay is no evidence, os americanos não lhes dão valor. E o art. 129 do CPP português dispõe não servir como meio de prova o testemunho da pessoa que não indicar a fonte do qual tomou conhecimento do ocorrido. Em última análise, trata-se da proibição da testemunha “por ouvir dizer”. Própria é a testemunha que depõe sobre os fatos objeto do processo, cuja existência conhece de ciência própria ou por ouvir dizer. Diz-se imprópria, quando depõe sobre um ato, fato ou circunstância alheia ao fato objeto do processo e que se imputa ao acusado.

O depoimento da testemunha deve ser judicial, ou seja, prestado perante o juízo; oral e reduzido a termo; objetivo, prestando-se apenas a se restringir sobre os fatos, sem opiniões pessoais, e retrospectivo, isto é, a testemunha só pode se referir ao acontecimento presenciado no passado.

Como citado acima, o valor probatório do depoimento testemunhal é relativo, uma vez que “esta presunção de veracidade pode ser destruída ou enfraquecida por condições particulares, que sejam, em concreto, inerentes ao sujeito, forma ou conteúdo de uma particular testemunha” (MALATESTA, 1996, p. 338).

## 2.5 Reconhecimento de Pessoas e Coisas

O artigo 226 do Código de Processo Penal regulamente detalhadamente como deve ser realizado o procedimento para reconhecimento de pessoa, e o artigo 227 estabelece que se aplica o que for aplicável ao reconhecimento de coisas, segue então o procedimento do dispositivo supracitado:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Para Lima (2016, p. 652), “trata-se de meio de prova por meio do qual alguém identifica uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com pessoa ou coisa que já havia visto, ou que já conhecia, em ato processual praticado perante a autoridade policial ou judiciária, segundo o procedimento previsto em lei.”

## 2.6 Acareação

Mirabete define acareação como forma de colocar declarações divergentes face a face (2006, p. 311):

Acarear (ou acoroar) é pôr em presença uma da outra, face a face, pessoas cujas declarações são divergentes. A acareação é, portanto o ato processual consistente na confrontação das declarações de dois ou mais acusados, testemunhas ou ofendidos, já ouvidos, e destinado a obter o convencimento do juiz sobre a verdade de algum fato em que as declarações dessas pessoas forem divergentes.

O artigo 230 do Código Penal admite inclusive a realização de acareação por videoconferência nos termos do artigo 222, § 3º do Código de Processo Penal, dispensando o envio de carta precatória, por exemplo, e conferindo maior celeridade ao processo.

## **2.7 Documentos**

Prevista entre os artigos 231 e 238 do Código de Processo Penal, para Nucci (2015, p. 446), “é toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para demonstrar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante.”

Nesse sentido também defende Eduardo Espínola Filho (2000, p. 207-208):

Pouco imporá a forma por que se objetive a manifestação da conta ou do pensamento; pode tratar-se de uma declaração manuscrita, datilografada, impressa, desenhada, esculpida, gravada, por meio de letras, de cifras, de figuras, de notas musicais, de hieróglifos, de sinais estenográficos etc. Em suma, não é possível estabelecer limitações devendo aceitar-se qualquer elemento material apto a receber e conservar uma declaração de vontade ou de pensamento, expresso por qualquer modo capaz de ser compreendido, traduzido, interpretado.

O documento também pode ser apresentado em qualquer fase do processo, salvo as exceções previstas em lei, como no caso de documentos utilizados em plenário do júri por exemplo, os quais devem ser juntados aos autos com três dias de antecedência.

Destaca-se ainda que, ao final do processo, os documentos originais são devolvidos à parte que o produziu, conforme artigo 238 do Código de Processo Penal.

## **3. A LINGUAGEM POR MEIO DAS EXPRESSÕES CORPORAIS, FACIAIS E DA VOZ**

A análise das expressões corporais e sonoras vem ganhando espaço ao longo dos anos, posto que tratam-se de sistemas autônomos presentes em nossas vidas desde os primórdios. Os estudiosos que se dedicam a esse tema entendem que essas ações são orientadas por um sistema nervoso autônomo, responsável principalmente por nossas respostas reflexas, instantâneas e automáticas, ou seja, podemos definir tais respostas como respostas naturais, sem prévio preparo.

Por exemplo, quando somos indagados ou questionados por alguém sobre algo, temos a capacidade de evitar emitir nosso pensamento por meio da fala e do silêncio, no entanto, dificilmente conseguimos controlar os sinais emitidos pelo corpo ou pelo tom da nossa voz, justamente por causa do caráter reflexo destes.

Seguindo essa mesma linha de pensamento Pierre Weil e Roland Tompakow (2012, p. 248) afirmam que “o homem não consegue dominar a linguagem inconsciente do seu corpo”, e que “as exceções à regra são tão raras, que em nada influem na abundância das mensagens dos corpos à nossa volta”.

Por isso que os sinais corporais, principalmente, partem do pressuposto da linguagem não-verbal do ser humano, conforme discorre Anna Guglielmi (2014, p. 10):

Existem duas linguagens fundamentais que permitem a relação entre as pessoas: a linguagem verbal – a saber, aquela constituída por palavras, e que serve sobretudo para transmitir informações e dados – e, simultaneamente, uma linguagem não-verbal, com a qual se dá a vida às palavras pronunciadas mas, sobretudo, se exprimem as emoções mais profundas e verdadeiras, e que é feita de gestos, de posturas, de silêncio.

Paul Ekman, professor de psicologia no departamento de psiquiatria da *University of California Medical School*, de San Francisco, desenvolveu um Sistema de Codificação da Ação Facial, por meio do qual, realizou um estudo através de fotografias e vídeos. O estudo lhe permitiu analisar as emoções por meios das expressões de pacientes psiquiátricos e pacientes com doenças coronárias do coração, além de pessoas saudáveis que apareciam em jornais (EKMAN, 2011, p. 32).

Segundo o autor (2011, p. 32):

Ao utilizar o Sistema de Codificação da Ação Facial, identificamos os sinais faciais que denunciam a mentira. O que denominei *microexpressões* – movimentos faciais muito rápidos, que duram menos de um quinto de segundo – são fonte importante de *escapamento*, revelando uma emoção que a pessoa está tentando ocultar. Uma expressão falsa pode ser denunciada de diversas maneiras: em geral, é levemente assimétrica e carece de uniformidade da forma que flui de vez em quando da face. Meu trabalho a respeito da mentira me colocou em contato com juízes, policiais, advogados, o FBI, a CIA, o ATF (*Bureau of Alcohol Tobacco and Firearms*) e órgãos similares, em alguns países amistosos. Ensinei a todas essas pessoas como determinar com mais precisão se alguém está dizendo a verdade ou mentindo. Esse trabalho também me deu a oportunidade de estudar as expressões faciais e emoções de espíões, assassinos, fraudadores, criminosos, líderes nacionais estrangeiros e outros, que um professor não teria contato normalmente.

Em relação ao suposto descontrole sobre nossas próprias reações corporais Ekman é mais cauteloso ao afirmar que na verdade apenas não podemos desligá-las (2011, p. 85):

Afirmar que não podemos interromper nossas reações não significa que não podemos controlá-las, mas não temos a opção de desligá-las completamente, num piscar de olhos. Mesmo se reavaliarmos o que está acontecendo, as respostas emocionais ativas podem não terminar instantaneamente. Em vez disso, as novas respostas podem ser inseridas ou misturadas nas emoções já geradas.

E continua (2011, p. 97):

Ao aprender a enfocar o que estamos sentindo, ao aprender algumas sugestões internas que nos sinalizam quais emoções estamos sentindo, tendemos a ser capazes de monitorar nossos sentimentos. Aumentar nossa capacidade de reconhecimento de sinais que indiquem como os outros reagem emocionalmente a nós pode nos alertar ao que estamos fazendo e sentindo – e nos ajudar a reagir adequadamente às emoções dos outros. Ademais, aprender acerca dos gatilhos comuns para cada emoção, aqueles que compartilhamos com os outros e os especialmente importantes ou únicos para nós, pode nos preparar para encontros emocionais.

Partindo do pressuposto de que o comportamento não verbal exerce mais influência sobre a comunicação do que o comportamento verbal, passamos a estudar a influência desses comportamentos no auxílio para percepção de mentiras.

### **3.1 Comportamento Não Verbal Como Detector de Mentiras**

Segundo David Craig, quando conseguimos avaliar o comportamento não verbal de alguém aumentamos a exatidão da detecção de mentira (2013, p. 34):

Estudos demonstraram que as pessoas que conseguem detectar mentiras com exatidão baseiam-se em informação diferentes daquelas usadas pelas que não conseguem ser tão precisas. A principal diferença é que as primeiras observam uma combinação de dicas verbais e não verbais para fazer sua avaliação, enquanto as segundas dão maior ênfase às informações verbais; elas se baseiam no que lhe dizem, para determinar se alguém está mentindo. Quem consegue detectar mentira com exatidão baseia-se em informações verbais e observação.

Um dos fatores que mais motivam uma pessoa a mentir, é o medo de ser punido, e a razão para a mentira pode ser irrelevante ou significativa, a depender do caso concreto conforme entendimento de Craig (2013, p.18), “Em geral, a gravidade da mentira que uma pessoa contará para evitar a punição será diretamente proporcional às consequências associadas ao ato de ser pego mentindo – quanto maiores as consequências, mais elaborada e extrema será a mentira.” Conseguir detectar a razão que motivou a mentira é essencial para detectá-la (CRAIG, 2013, p. 23):

O primeiro passo para detectar uma mentira é compreender o que está por trás dela. Quando alguém está lhe transmitindo informações, você deveria ser capaz de avaliar rapidamente se, de fato, essa pessoa tem algum motivo para mentir. Se houver, então você precisa ligar o se “radar antimentira” e começar a procurar sinais verbais (o que a pessoa faz, como ela age). Ou, se constatar que alguém mentiu para você, o fato de conhecer a categoria da mentira e o que a motivou lhe permitirá entender a mente da pessoa e lhe dará uma vantagem psicológica da próxima vez que encontrar com ela. Daí em diante, você terá uma capacidade muito maior de detectar as mentiras dessa pessoa.

Existem sinais que o mentiroso consegue controlar com mais facilidade em relação a outros, por exemplo, ele consegue controlar sua inquietação escondendo partes do seu corpo que denunciem isto, no entanto, a mentira também exige concentração para que a pessoa consiga estabelecer nexos no que está sendo falado, reduzindo sua capacidade de autocontrole (CRAIG, 2013, p. 54-55):

Quanto mais alguém mente (ao responder a várias perguntas), mais tem de se concentrar no que está dizendo – e menos capacidade tem de se monitorar e se controlar. Se a pessoa concentrar toda a sua atenção no monitoramento e controle das dicas não verbais, ela não conseguirá, ser convincente. Ou a mentira não terá sentido lógico ou parecerá pouco convincente, pois o mentiroso atingiu uma sobrecarga mental.

(...)

Representações de sobrecarga mental são vistas com frequências em filmes sobre crimes, em que os detetives fazem uma série de perguntas difíceis para o suspeito, uma atrás da outra. Isso aumenta a pressão de tal maneira que o suspeito não consegue continuar a mentir e admite alguns fatos ou confessa o crime. Embora isso seja ficção cinematográfica, o princípio do que está sendo demonstrado é claro. O suspeito não consegue responder a

várias perguntas rapidamente com naturalidade (pois cada uma delas precisa ser elaborada) e, ao mesmo tempo, controlar os movimentos corporais para parecer inocente, pois a carga cognitiva é excessiva. Ele fica “mentalmente falido.

Um procedimento que pode auxiliar na detecção de eventual mentira é o estabelecimento do chamado Padrão de Comportamento, pelo qual o questionador iniciará fazendo perguntas as quais ele sabe que o indivíduo interrogado estará falando a verdade, observando o seu comportamento ao proferir tais respostas.

Em seguida, fará questionamentos que ele pensa que o indivíduo poderá mentir, observando novamente suas reações e emoções emitidas, realizando por fim uma comparação entre os comportamentos verbais e não verbais das respostas facilmente detectáveis como verdadeiras e daquelas que ele não tinha tanta certeza sobre ser falsa ou não.

Os operadores do polígrafo, sistema utilizado já há muitos anos em países como os Estados Unidos, usam desta técnica, conforme relatado: (CRAIG, 2013, p. 64):

Os operadores de polígrafo usam a técnica de Perguntas de Controle há muitos anos. O polígrafo, ou detector de mentiras, é conectado fisicamente à pessoa que está sendo interrogada para monitorar atividades fisiológicas como frequência cardíaca, padrão respiratório e resposta galvânica da pele, que é a atividade da glândula sudorípara. O polígrafo monitora com eficácia a resposta de “luta ou fuga” às perguntas. O operador faz Perguntas de Controle; aquelas cujas respostas ele já sabe, como nome, sexo e endereço. Enquanto isso, observa os gráficos do equipamento que estão registrando as reações fisiológicas. Em seguida, faz perguntas diretas sobre uma atividade suspeita e observa se houve alguma alteração nas respostas fisiológicas registradas pelo polígrafo. Se houver um contraste significativo entre as respostas às perguntas sabidamente corretas e as respostas que se suspeita serem mentira, o operador concluirá que a pessoa está mentindo.

No Brasil, o polígrafo não é utilizado, no entanto a Polícia Civil do Rio Grande do Sul, desde 2012, vem utilizando um aparelho chamado Analisador de Voz Multicamadas, o qual tomou maiores proporções em 2014, no caso que ficou nacionalmente conhecido como “Caso do Menino Bernardo” (em 2019, o pai e a madrasta do menino que tinha 11 anos na época dos fatos, foram condenados a mais de 30 anos de prisão pelos crimes de homicídio, ocultação de cadáver e falsidade ideológica), quando a advogada da madrasta e uma das principais acusadas não aceitou que sua cliente fosse submetida ao aparelho.

Em entrevista concedida ao site de notícias “G1”, em 2014, o inspetor de polícia Demétrio Peixoto detalhou o funcionamento do mecanismo que ficou conhecido entre a polícia gaúcha como detector de mentiras (2014, s.p.):

O analisador de voz multicamadas faz a leitura dos conflitos cognitivos cerebrais e se preocupa com o que a pessoa pensa e não com o que o que fala. A partir do que a pessoa pensa, ele consegue ingressar dentro da atividade cerebral e medir os conflitos lógicos. E aí, através do canal da voz, se chega às conclusões.

(...)

Em um caso de homicídio, por exemplo, a pessoa que estou entrevistando diz que não matou, e o detector me diz que ela falou a verdade. Eu pergunto, então, se ela sabe quem matou e detector me diz que há um alívio de estresse. A partir disso, eu posso concluir que essa pessoa está disposta a me dar algumas informações e isso me norteia para futuras

Outros países utilizam ainda outros meios, como o soro da verdade, o qual é ferramenta “considerada como tortura” se for utilizada incorretamente (CASTILHO, 2011, p. 44). Estudos feitos por neurocientistas destacam também que a mentira pode ser detectada por meio de exames de ressonância magnética, posto que afetam estruturas do cérebro.

#### **4. EXPRESSÕES CORPORAIS, FACIAIS E VOZ COMO MEIO DE PROVA E O PRINCÍPIO DA PLENITUDE DA DEFESA**

As provas citadas e exemplificadas no início deste trabalho são chamadas de provas nominadas, visto que estão previstas em lei, mais precisamente no Código de Processo Penal. No entanto, há também as provas inominadas, que são as que não encontram previsão legal. O uso dessa última modalidade é objeto de discussão na doutrina.

Para Tourinho Filho (2012, p. 238), essas provas são admitidas no Processo Penal, ainda que não especificadas no código. Já para Estefam (2008, p. 20), tais provas são admitidas em razão do Princípio da Liberdade das Provas, “A liberdade das provas é o 211 corolário do princípio da verdade real e, por meio dela, sustenta-se que todo meio de prova devem ser admissíveis, previsto em lei (meios de prova nominados) ou não (meios de prova inominados)”.

Para José Ernesto Manzi (2004, s.p.), “A linguagem corporal é um importante aliado na audiência de conciliação, pois ajuda não somente a estabelecer a empatia, mas favorece o diálogo entre as partes”.

Para o autor, a linguagem corporal impulsiona a empatia entre as partes de uma audiência (MANZI, 2004, s.p.):

A linguagem corporal auxilia na criação da empatia entre os participantes da audiência, indispensável para que seja a conciliação, em sentido contrário, pode estabelecer um clima de antipatia que impede o diálogo e com ele, a colaboração para uma solução amigável. A raiva e o medo são sentimentos na maioria das vezes, muito mais eficientemente transmitidos por meio das expressões faciais e corporais do que por meio das palavras.

No tribunal do júri, por exemplo, a acusação e a defesa observam atentamente as reações de cada jurado, a fim de através das argumentações conseguir atingir os pontos fracos e fortes de cada um, em busca de seus interesses, seja a condenação ou a absolvição, posto que os jurados em tese não possuem conhecimentos sobre as teorias jurídicas.

No entanto, o processo penal brasileiro em geral não é adepto ao uso do comportamento não verbal como meio de prova (CRAIG, 2013, p. 36):

Num julgamento, as evidências baseiam-se em provas como fotografia, declarações escritas, reconstituições de cenas de crime e o testemunho oral de pessoas que juram dizer a verdade. Além disso, de uma perspectiva probatória, o tribunal está interessado principalmente no que é dito, e não na maneira como é dito. A maneira como algo é dito

não constitui evidência, tampouco o comportamento não verbal do depoente, embora isso possa prejudicar sua credibilidade caso ele pareça culpado aos olhos do júri (e do juiz) durante o testemunho. Portanto, talvez seja compreensível o fato de os juízes prestarem atenção especial às provas produzidas diante deles e também ao que é dito diante deles, e não na maneira como algo é dito ou no comportamento não verbal de quem fala.

Uma exceção ao retratado acima pelo autor seria o Tribunal do Júri, posto que o artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal ao determinar a organização do júri cita a Plenitude da Defesa como um de seus princípios asseguradores. Por meio desse princípio, todos os meios de provas são admitidos para convencer os jurados leigos, inclusive argumentos não jurídicos, como: psicológicos, sociais, religiosos, etc. Por isso, tal princípio se torna ainda mais amplo do que o Princípio da Ampla Defesa, pois maximiza todos os princípios relacionados a este último, o qual pode ser aplicado a qualquer processo, seja criminal, cível ou administrativo.

A plenitude da defesa garante aos réus do Tribunal do Júri uma defesa considerada acima da média, como o próprio significado da palavra *plenitude* já nos faz presumir por algo que seja completo, sem qualquer tipo de limitação ou restrição (LOPES, 2018, s.p.):

Logo, diante de todos esses fatores a serem considerados, arrisca-se, aqui, a conceituar ou delimitar o princípio da plenitude de defesa como o direito fundamental constitucionalmente assegurado e, portanto imutável, eis que cláusula pétrea, à disposição do acusado perante o Tribunal do Júri, para que faça frente a uma defesa irrestrita, completa, capaz de assegurar o esgotamento de todos os argumentos e meios de prova relevantes e pertinentes a sua defesa, frente ao devido processo legal.

Partindo desse pressuposto, por que não admitir o uso de provas obtidas por meio de expressões corporais e sonoras a favor do réu?

O desenvolvimento de aparelhos que captam imagem ou o som da voz, como o utilizado pela Polícia do Rio Grande do Sul, aliados à tecnologia e laudos técnicos embasados em um trabalho pericial podem ser extremamente capazes de auxiliar o Poder Judiciário, principalmente para evitar a condenação de pessoas inocentes, posto que neste caso até mesmo prova ilícitas são admitidas, conforme discorre Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 106):

Mas, por outro lado, são semelhantes considerações a respeito da ponderação de interesses que autorizam a admissão da prova ilícita pro reo: no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado

Ainda com base no que discorre o aludido autor, expressões provenientes da própria pessoa não podem ser utilizadas para produzir provas contra si mesmo, em razão do Princípio da Inexigibilidade de Autoincriminação (1997, p. 113):

Embora aludido ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5.º, inc. LVII, CF e, ainda, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, § 2.º), a prova de culpabilidade

incumbe exclusivamente à acusação. Em decorrência disso, são incompatíveis com os referidos textos quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado, ou mesmo qualquer pessoa (inclusive a testemunha) a uma auto-incriminação.

A aplicação desses princípios em conjunto com estudos realizados por autores citados nesse trabalho merecem ser considerados como pressupostos para a inovação do sistema de provas do processo penal brasileiro.

## **5. CONCLUSÃO**

Concluimos que o uso de provas não verbais pode proporcionar grande efetividade ao processo brasileiro, principalmente no âmbito criminal, no entanto, como qualquer outro tipo de prova, devem ser respaldadas por garantias e princípios constitucionais, além de atender as formalidades exigidas pelo processo.

Sabemos que no processo penal, na maioria de seus casos, estamos lidando com direitos e garantias individuais de cada indivíduo, portanto cabe o uso de qualquer meio lícito e disponível para evitar qualquer tipo de dano possível a qualquer uma das partes, posto que, com as tecnologias que temos ao nosso alcance nos dias atuais, não se pode mais admitir a condenação de um réu inocente, por exemplo.

É preciso considerar que as emoções dos seres humanos, como suas reações corporais e o tom de sua voz, são capazes de transmitir informações ao magistrado, para que fundamente sua sentença, possibilitando a corroboração com as provas verbais e documentadas.

Obviamente, assim como todas as outras modalidades de provas, esta também deve ser utilizada com respaldo na segurança jurídica, e com extrema cautela, por isso, faz-se necessário a realização de tantos estudos e experiências, semelhantes aos citados no presente trabalho, em busca de sempre buscar solucionar os conflitos postos diante do Poder Judiciário de maneira efetiva e justa para a sociedade.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROS, Antonio Milton. Da prova no processo penal: apontamentos gerais. 1º Ed. São Paulo: Editora Juarez Soares, 2001.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

CASTILHO, Wanderson. Mentira: um rosto de muitas faces. 3ª Ed. São Paulo: Editora Urbana, 2011.

CRAIG, David. Como identificar um mentiroso. 1ª Ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

Detector de mentiras é aliado da polícia do RS em investigações. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/05/detector-de-mentiras-e-aliado-da-policia-do-rs-em-investigacoes.html>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

EKMAN, Paul. A linguagem das emoções. 4ª Ed. São Paulo: Editora Lua de Papel, 2011.

ESTEFAM, André. Provas e procedimentos no processo penal. 1º Ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2008.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Campinas: Editora Bookseller, 2000.

FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, prática e práxis. 7ªed. rev. ampl. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GUGLIELMI, Anna. A Linguagem Secreta do Corpo: a comunicação não verbal. 5ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Vol I. 3º Ed. Campinas: Editora Bookseller, 1996.

MANZI, José Ernesto. O Uso de Técnicas Psicológicas na conciliação e na colheita de prova judiciária. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5243/o-uso-de-tecnicas-psicologicas-na-conciliacao-e-na-colheita-da-prova-judiciaria>>. Acesso em 26 abr. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18ªEd. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8ªEd. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Manual de processo penal e execução penal. 12ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

O princípio da plenitude da defesa e seu alcance nos debates orais perante o tribunal do júri. Doutrina Pátria. Disponível em: < <http://www.rkladvocacia.com/o-principio-da-plenitude-de-defesa-e-seu-alcance-nos-debates-orais-perante-o-tribunal-do-juri/>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Pai, madrasta e outros dois réus são condenados pela morte do menino Bernardo em Três Passos.

G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/03/15/pai-e-madrasta-sao-condenados-pela-morte-do-menino-bernardo-em-tres-passos.ghtml>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

TOMPAKOW, Roland; WEIL, Pierre. O corpo fala: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal. 70ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Volume 3. 34º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

# GLOBALIZAÇÃO, CULTURA DO MEDO E A SELETIVIDADE PENAL

Maria Beatriz Batista Feitoza SILVA<sup>1</sup>  
Fernanda de Matos Lima MADRID<sup>2</sup>

## RESUMO

A globalização, processo intrínseco ao capitalismo, fomenta uma enorme desigualdade social, tornando-se uma das grandes causadoras da miséria e dos conflitos internos e externos. Neste sentido o medo toma conta das pessoas e passa a ser utilizado como instrumento para o controle das classes mais baixas da sociedade, deste aspecto decorre o clamor por uma maior intervenção do Direito Penal, que acaba por atingir diretamente os grupos menos abastados. Dentro do estudo da culpabilidade surgem, então, algumas teorias que pretendem destacar a forma como o Sistema Penal favorece os mais ricos, punindo-os de forma mais amena, ao passo que “vilaniza” os desfavorecidos, são essas teorias a da Cculpabilidade e da Cculpabilidade às Aversas, as quais são expostas neste trabalho, demonstrando a seletividade do Sistema Penal. Para tanto foram adotadas as metodologias histórica e dedutiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Seletividade Penal. Cultura do Medo. Cculpabilidade. Cculpabilidade às Aversas.

## ABSTRACT

Globalization, a process intrinsic to capitalism, causes tremendous social inequality, becoming one of the biggest causes of poverty and internal and external conflicts. In that sense, fear takes over and starts being utilized as an instrument for controlling the lower classes of society, from this aspect comes the outcry for a stronger intervention of Criminal Justice, which ends up directly affecting the less wealthy groups. Inside the study of culpability some theories arise with the intention of highlighting the ways in which the Criminal System favours the rich, punishing them in a lighter way, at the same time it “vilanizes” the disfavoured, those are the Cculpability Theory and Reverse Cculpability Theory, exposed in this study, demonstrating the selectivity of the Criminal System. For such purpose the historical and deductive methodologies were applied.

**KEYWORDS:** Criminal Selectivity. Fear Culture. Cculpability. Reverse Cculpability.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da história humana a desigualdade de condições sempre imperou. O desenvolvimento e propagação do capitalismo, entre tanto, foi um forte catalisador das disparidades já existentes.

O sistema econômico vigente no mundo ocidental, ao incentivar o acúmulo de riquezas e o consumo exacerbado, cria um abismo entre as classes sociais, nesse sentido os ideais capitalistas e liberais fortalecem a sociedade de exclusão. Enquanto um número seletivo de pessoas detém poder

---

1 A autora é graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: mabibatista@hotmail.com

2 A orientadora é mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina e graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. É docente no curso de Direito do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente e advogada criminalista. E-mail: fm.com@ig.com.br

econômico e, conseqüentemente, político e social, uma maioria tem seu acesso a direitos básicos negado.

Os Estados, além de promoverem uma competição econômica que perpetua os aspectos mais negativos do processo de globalização, vêm se mostrando ineficazes, internamente, na tarefa de promover um Estado de bem-estar social e, com isso, os detentores do capital continuam a acumular patrimônio, enquanto os grupos menos abastados sofrem com o difícil acesso ao mínimo necessário para que se tenha uma vida digna.

O desnível social resultante da soma desses fatores gera um sentimento de insegurança entre as pessoas, um medo excessivo que faz com que as minorias socioeconômicas sejam taxadas como perigosas.

A falsa ideia de que a criminalidade se tornou mais grave intensifica o desejo de uma intervenção mais ferrenha do Direito Penal, criminalizando condutas tipicamente praticadas por pessoas menos abastadas enquanto a elite é brindada, por mais nefastas que sejam suas ações, com a impunidade.

Este trabalho buscou evidenciar a seletividade existente no Sistema Penal, analisando o modo como a pena é utilizada no controle social das camadas inferiores, para tanto lançando mão de pesquisa bibliográfica para a obtenção das informações e ideias explanadas e desenvolvidas.

Adotou-se na construção desse estudo as metodologias histórica e dedutiva.

## **2 GLOBALIZAÇÃO E A EXPANSÃO DA CULTURA DO MEDO**

Entende-se por globalização o processo de evolução e aproximação entre as sociedades, ocasionado, entre outras coisas, pela difusão de novas tecnologias, em especial na área de comunicação.

Esse processo não é, como muitos acreditam, um fenômeno recente, é, na verdade, intrínseco ao capitalismo, cujo desenvolvimento depende fortemente da internacionalização da economia, providenciando relações comerciais a nível global e difundindo o modelo industrializado das sociedades.

Muito se fala sobre as vantagens que advém da globalização, como a possibilidade de trocas culturais e a rápida propagação de notícias; impossível ignorar, entretanto, os aspectos negativos dela resultantes. Afirma o geógrafo Wagner Costa Ribeiro (2002, s.p):

A globalização é discutida, segundo as categorias tempo/espaço, no âmbito do sistema-mundo, na pós-modernidade e à luz dos conceitos de nação, mercado mundial e lugar. Tornada paradigma para a ação, a globalização reflete nos Estados-nação exigindo um protecionismo que em tese se contradiz com a demanda "livre e global" apregoada pelos liberais de plantão. Porém, ao olhar para o lugar, para onde as pessoas vivem seu cotidiano, identifica-se o lado perverso e excludente da globalização, em especial quando os lugares

ficam nas áreas pobres do mundo. Ao reafirmar o mesmo, a globalização econômica não consegue impedir que aflorem os outros, resultando em conflitos que muitos tentam dissimular como competitividade entre os Estados-nação e/ou corporações internacionais, sejam financeiras ou voltadas à produção. A globalização é fragmentação ao expressar no lugar os particularismos étnicos, nacionais, religiosos e os excluídos dos processos econômicos com objetivo de acumulação de riqueza ou de fomentar o conflito.

Ainda nos dias atuais persistem as consequências da exploração no período das grandes navegações. Marcado pelo imperialismo, este período de expansão comercial e territorial das potências da época resultou, entre outros grandessísimos prejuízos, na drenagem de recursos naturais dos explorados, criando uma hipossuficiência que jamais se desfez e que acabou por torná-los “subdesenvolvidos”.

No contexto de uma sociedade capitalista, baseada no consumo e no acúmulo de riquezas, o subdesenvolvimento econômico implica em uma crescente exclusão dos países mais pobres. O mundo globalizado, assim, potencializa as divergências e a miséria, agindo como fator de extrema relevância na marginalização de alguns povos.

Resta desses aspectos, juntamente com um pensamento cada vez mais individualista, também característico do capitalismo e do neoliberalismo, uma rejeição entre os países ricos e pobres e, em nível interno, entre grupos étnicos e sociais diversos.

O sistema econômico atual, ineficaz na tarefa de proporcionar condições de vida igualitária e digna para todas as pessoas, fomenta a criminalidade. Ocorre o crescimento do sentimento de insegurança entre as pessoas e, com isso, as camadas sociais menos abastadas passam a ser vistas como perigosas.

Nasce dessa insegurança coletiva um clamor pela maior intervenção do Direito Penal, que tem como alvo os grupos em desvantagem social. Os problemas causadores da violência e da criminalidade, como as altas taxas de desemprego e baixo nível de escolaridade, são ignorados e o endurecimento das normas penais e abandono das garantias ganham destaque.

Num fenômeno denominado “cultura do medo” o Direito Penal torna-se instrumento de repressão e controle social, a função social da pena é desprezada e crescem os desejos punitivistas como resposta aos males que afligem as camadas social e economicamente dominantes.

Neste sentido, entende o sociólogo e criminologista Jock Young (2002, p. 62):

Os aumentos da criminalidade se tornaram sinais, não tanto de mudanças da taxa “real” de criminalidade, mas de aumentos das respostas governamental e do público à criminalidade, às vezes representadas como cortinas de fumaças para os interesses investidos do sistema de justiça criminal, e outras como metáforas de ansiedades sociais mais amplas, não relacionadas à criminalidade.

O medo passa a dominar a mentalidade dos indivíduos e, por fim, legitimar atos discriminatórios e uma intervenção Penal mais feroz, algo que oferece extrema vantagem para as

classes dominantes que buscam permanecer como tal. Nas palavras de Jack Douglas (1971 apud YOUNG, 2002, p. 63):

Nós não estamos experimentando uma espécie de *histeria criminal* nacional: o aumento das taxas oficiais, em que as pessoas normalmente acreditam, leva a mais medo do crime, o que, por sua vez, leva a mais medo do crime, e assim sucessivamente. É nesta base somente, mas também porque é vantajoso para as autoridades públicas que querem mais dinheiro e mais poder, que *podemos esperar que as taxas oficiais continuem a subir constantemente por muitos anos. Mas seria um erro acreditar que isso tenha alguma coisa a ver com o que os criminosos e outras formas de desviantes estão fazendo*

Em suma, as penas e o Direito Penal em si passam a ser utilizados, dentro da sociedade de exclusão criada pelo sistema capitalista, como instrumento de controle das massas. Tem-se a impressão generalizada de que as taxas de criminalidade não param de crescer e que a única forma de desacelerar esse crescimento seria com uma maior repressão, na verdade isso não passa de uma falácia criada para disseminar a sensação de insegurança que garante que os grupos mais ricos permaneçam no poder e que os mais pobres permaneçam submissos à eles.

### **3 A SELETIVIDADE SOCIOECONÔMICA DO SISTEMA PENAL**

A estigmatização das camadas inferiores da sociedade, ocasionada pela sensação generalizada de insegurança, coloca-as como alvo principal do Sistema Penal, ao ponto de serem abandonadas algumas regras e princípios básicos do Direito.

Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni (2003, p.44):

[...] a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas protegidas.

O sistema capitalista, na medida em que preconiza o acúmulo de riquezas, contribui para uma maior desigualdade social, a ausência de isonomia cria uma barreira entre as classes, empurrando os mais vulneráveis, em busca de alcançar os direitos a eles negados por sua hipossuficiência econômica, para o crime.

Entende a juíza aposentada Maria Lucia Karam (2015, s.p) em seu artigo “Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas” que:

O sistema penal promove violência; estigmatização; marginalização; e sofrimento. Aliás, quanto a esse último efeito, vale lembrar que essa é a ideia central da punição: pena significa sofrimento. O sistema penal promove desigualdade e discriminação, tendo como alvo grupos já em desvantagem social. Os indivíduos que, processados e condenados, são etiquetados de ‘criminosos’ – assim cumprindo o papel do ‘outro’, do ‘mau’ e, agora, do ‘inimigo’ – são e sempre serão necessária e preferencialmente selecionados dentre os mais vulneráveis, marginalizados, excluídos e desprovidos de poder.

A justiça mostra às minorias sua face mais austera, relativizando princípios como o da insignificância penal e até mesmo garantias constitucionais, como é o caso da presunção da

inocência, direito fundamental previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal que caminha para sua preocupante extinção, evidenciada pela decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em que este, por maioria, entendeu que será admitida, em dissonância, também, com o artigo 283 do Código de Processo Penal, a execução da pena após a condenação em segunda instância.

Uma breve análise da nossa população carcerária é suficiente para que se note que a maior parte do exorbitante número de pessoas em situação de cárcere no Brasil compõe o grupo daqueles excluídos da sociedade capitalista, ou seja, os desafortunados. Demonstrando este aspecto o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias apresenta alguns dados alarmantes, entre eles o fato de que mais de 50% da amostra populacional analisada (por volta de 70% do número total das pessoas em situação de cárcere) não apresenta grau de escolaridade acima do nível fundamental, um claro indicativo de que se trata de um grupo social menos abastado.

Consonantemente a esta ideia Alessandro De Giorgi (2006, p. 39) dispõe:

As classes sociais despossuídas constituem, assim, o objetivo principal das instituições penais. A história dos sistemas punitivos é, nessa perspectiva, uma história das “duas nações”, isto é, das diversas estratégias repressivas de que as classes dominantes lançaram mão através dos séculos para evitar as ameaças à ordem social provenientes dos subordinados.

O sistema econômico, quando utiliza a pena como método de controle dos grupos marginalizados, não apenas ocasiona que estes sejam os mais representados entre a população encarcerada, mas, também, dificulta a possibilidade de ressocialização. Ele, então, ao mesmo tempo que compele o vulnerável ao crime, pune-o de forma severa e impede que este tente se reinserir na sociedade, forçando-o, ao etiqueta-lo como criminoso, a permanecer neste meio.

### **3.1 Teoria do Etiquetamento Social**

Cabe aqui breve contextualização da *Labelling Approach Theory*, ou Teoria do Etiquetamento Social, a que se refere no tópico anterior e que, em síntese, tem como objetivo observar os critérios utilizados pelo sistema quando define quais condutas são e quais não são reprováveis perante a sociedade.

A criminalidade não é inerente ao homem, é, de fato, uma “etiqueta” atribuída a certos indivíduos. Os grupos sociais, ao estabelecerem as regras criadoras das condutas delituosas, produzem-nas, ou seja, o crime só existe a partir do momento que a conduta é tipificada.

Essa seleção de quais ações serão consideradas criminosas é feita pelas classes sociais dominantes, o que explica o porquê de ser o perfil do indivíduo perigoso aos olhos do Direito Penal o do homem, jovem, periférico, negro e com baixo nível de educação. A etiqueta não depende da

prática delito em si, mas sim da classe social do agente.

Receber esse rótulo cria, de acordo com a teoria, um ciclo em que o desviante torna-se aquilo que os outros veem que ele é, ou seja assume o papel de delinquente que a sociedade lhe atribuiu, cria-se uma expectativa social de que o comportamento desviado será repetido, mesmo que a pessoa não volte a delinquir ela já está “marcada” por sua condenação.

Zaffaroni (2001, p. 60) explana em sua obra:

A tese central desta corrente pode ser definida, em termos muito gerais, pela afirmação de que cada um de nós se torna aquilo que os outros vêem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis.

A estigmatização do criminoso torna-se responsável por legitimar a barbárie advinda da repressão sistemática, que divide a sociedade entre “cidadãos de bem” e “os outros” e normaliza o extermínio da população mais pobre e seu aprisionamento em massa.

#### **4 A RESPEITO DA CULPABILIDADE**

Para ser considerada criminosa a conduta deverá ser dotada de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sendo esta última, indiscutivelmente, o conceito mais debatido na teoria do delito.

Trata-se a culpabilidade de um “juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente” (GRECO, 2014, p. 379), é um pressuposto de aplicação da pena referente à reprovabilidade do injusto.

Pirangeli e Zaffaroni (2011, p. 521) trazem, em sua obra conjunta, a seguinte explanação:

Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é *culpável* quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.

Adiante nos aprofundaremos em algumas teorias relativas ao estudo da culpabilidade.

##### **4.1 Teoria da Cculpabilidade**

O jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, expandindo ainda mais o estudo da culpabilidade, traz em sua doutrina o conceito da coculpabilidade, em que se discute a corresponsabilidade entre Estado, sociedade e o indivíduo que cometeu o fato delituoso. De acordo com Grégore de Moura (2006, p.41):

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o

que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

A Teoria da Culpabilidade tem como base a noção de que “a sociedade – por mais organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 529) e, nesse sentido, se responsabiliza pelo delito não apenas o sujeito que o cometeu, mas também o Estado e a sociedade como um todo por falharem na tarefa de assegurar chances igualitárias para todos.

O Estado assumiu, com o advento da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade de garantir educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, além de um salário mínimo que fosse o suficiente para atender às necessidades vitais básicas, na forma dos artigos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Evidentemente que estas pretensões não foram alcançadas, levando as pessoas a buscarem outros métodos de atingir esses objetivos, sendo estes, em algumas ocasiões, fora dos limites legais.

A culpabilidade do Estado nasce de sua desídia, ao falhar na garantia dos direitos básicos ele se torna corresponsável pelos meios à margem da lei através dos quais os cidadãos tentam conquistá-los, a forma como assume essa parcela de responsabilidade é, então, atenuando a pena aplicada.

São circunstâncias atenuantes as condições, subjetivas ou objetivas, não integrantes do tipo, com o potencial de diminuir a pena.

O artigo 65 do Código Penal brasileiro apresenta rol exemplificativo das atenuantes genéricas, levando em conta o que dispõe o artigo 66 do mesmo Código a respeito da possibilidade de ser atenuada a pena por circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, mesmo que esta não esteja prevista em lei, em que se encaixaria a culpabilidade.

A criminalidade, de acordo com a Teoria da Culpabilidade, poderia ser atribuída à falta de investimento governamental em políticas de bem-estar social, capazes de proporcionar condições mais dignas e igualitárias de vida, e da sociedade como um todo por reafirmar essa segregação socioeconômica, que acaba por empurrar as classes mais pobres para o crime.

De acordo com a teoria, então, a responsabilidade pelo delito deixa de ser apenas da pessoa

que diretamente o cometeu e alcança Estado e sociedade, por seu papel na exclusão social e marginalização das minorias que dela advém; quanto maior a negligência com os excluídos maior será, também, a parcela de culpa da sociedade e do Estado, devendo, por este motivo, ser atenuada a pena atribuída ao infrator em condição de miserabilidade como forma de compensar a incapacidade Estatal em prover os direitos fundamentais que apresenta em sua Magna Carta.

Destaca-se que, apesar de a jurisprudência rechaçar essa teoria afirmando que reforça um preconceito para com pessoas mais pobres, Zaffaroni não reduz as condições de vida que acredita influenciarem no cometimento de delitos à questões meramente financeiras, levando em conta o meio social como um todo, desde a vida familiar, acesso à educação e saúde, entre outras coisas necessárias para o desenvolvimento saudável da pessoa e para que esta tenha uma vida digna, assim como garante a Constituição Federal.

## **4.2 Coculpabilidade Às Aversas**

Da necessidade de discutir de forma crítica a Teoria da Coculpabilidade, analisando os aspectos onde esta encontra problemas, nasce a ideia da Coculpabilidade às Aversas.

Faz-se proveitoso a este estudo abordar, em primeiro momento, os chamados crimes de colarinho branco, posteriormente discorrendo a respeito da Teoria da Coculpabilidade às Aversas.

### *4.2.1 Crimes de colarinho branco*

A Teoria da Coculpabilidade encontra problemas quando falamos dos crimes cometidos por pessoas com alto poderio econômico e social, são os conhecidos como crimes de colarinho branco.

O termo *white collar crime*, traduzido para o português como crime de colarinho branco, foi utilizado pioneiramente pelo criminólogo Edwin Sutherland, partindo da observação de que, ao passo que as infrações comuns eram denominadas crimes, aquelas cometidas dentro do meio corporativo eram consideradas meras ilegalidades.

Nesse sentido as práticas delitivas das pessoas com elevada posição social tinham uma resposta muito mais branda por parte do sistema em comparação com o que se dava com os grupos vulneráveis, o que nota-se a partir do fato de que os crimes de colarinho branco muitas vezes recebem apenas punições cíveis e/ou administrativas, ainda que o resultado destes prejudiquem muito mais a ordem social do que alguns crimes comuns.

Exemplo disso é a decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que é aplicada a noção de que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade nos

crimes contra a Ordem Tributária:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. **Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite. 2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.** 3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003.

(STJ - HC: 362478 SP 2016/0182386-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 14/09/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2017). (grifo nosso)

Embora não seja unânime o conceito de crime de colarinho branco, aceita-se a ideia de que o termo concebido por Sutherland faz alusão as vestes das pessoas com prestígio socioeconômico. Esses crimes são caracterizados pela fala de violência e emprego de estratégia ao invés da força física, exemplo deles são a lavagem de dinheiro (artigo 1º da Lei 9613/ 1998), corrupção (artigos 317 e 333 do Código Penal) e peculato (artigo 312 do Código Penal), entre outros.

Observa o jurista Manoel Pedro Pimentel (1973, s.p) a respeito do tema:

A etiqueta colocada por SUTHERLAND causou grande sensação e foi adotada por quase todos os autores, com o significado originalmente atribuído pelo autor: designar o comportamento reprovável dos homens de negócios que, desviando-se de suas condutas profissionais e da linha moral estrita, obtém vantagens indevidas, causando danos à coletividade.

A expressão crime de colarinho branco dá exatamente essa idéia. O colarinho branco usado nas roupas de rigor, e que entre nós poderia ser melhor classificado, talvez, como colarinho duro, é um símbolo do homem bem situado na vida, geralmente ligado aos poderosos grupos sociais, gozando de prestígio político e financeiro.

A percepção social do criminoso dificulta que aqueles que cometem crimes de colarinho branco sejam identificados como tal, apesar desses crimes impactarem negativamente a sociedade como um todo, causando danos em grande escala, eles ainda recebem um claro tratamento diferenciado, em especial por sua notoriedade social.

#### 4.2.2 Da teoria da coculpabilidade às avessas

Como resposta à esta problemática surge o conceito da coculpabilidade às avessas, teoria análoga que faz uma crítica ao sistema ao afirmar que o Estado é complacente com alguns crimes, principalmente quando o agente pertence à classe social privilegiada.

Enquanto a coculpabilidade está ligada a vulnerabilidade do sujeito que comete o crime e à forma como a carência Estatal o levou por este caminho, a coculpabilidade às avessas vem como forma de evidenciar a diferenciação feita pelo sistema criminal punitivo quando penaliza de forma mais moderada a elite e deliberadamente tipifica condutas de grupos marginalizados. A título de exemplo temos os artigos 14 e 59 da Lei das Contravenções Penais, não mais aplicados nos dias atuais:

Art. 14. Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os ns. I e II do art. 78 do Código Penal:

I – o condenado por motivo de contravenção cometido, em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez;

II – o condenado por vadiagem ou mendicância;

Vadiagem

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

A Teoria da Coculpabilidade às Avessas aplica-se de três maneiras: com a tipificação de condutas comumente relacionadas aos párias; a aplicação de sanções mais brandas, por exemplo, nos crimes de colarinho branco, nos quais o pagamento das dívidas é considerado suficiente para reparar o dano, restando extinta a punibilidade e, por fim, como fator de diminuição e aumento da reprovação social e penal, tratando esta última hipótese da forma como os *white collar crimes*, mesmo com maior repercussão e maior potencial de causar dano, recebem tratamento mais ameno, os interesses dos detentores de capital moldam o que é ou não considerado relevante, até mesmo no âmbito da justiça criminal.

Analisar essa teoria é analisar a discrepância no tratamento oferecido a indivíduos de diferentes esferas sociais. O legislador é complacente para com os crimes cometidos pelos detentores de poder, os quais sempre foram inseridos na sociedade, enquanto ataca diretamente os miseráveis e fecha os olhos para suas necessidades, assim, a corresponsabilidade entre Estado e pessoa é corrompida.

## 5 CONCLUSÃO

Finda a exposição desses argumentos conclui-se que existe no mundo contemporâneo um enorme abismo entre as classes socioeconômicas mais e menos abastadas. Essa desigualdade extrema tem por consequência a exclusão das pessoas com menor poderio financeiro.

A exclusão social somada ao interesse da elite em manter sua dominância sobre as minorias é fato gerador da seletividade do Sistema Penal

Observou-se que o processo de globalização pelo qual as sociedades vêm passando ao longo da história trouxe com ele muitas vantagens, houve a partir dele um elevado desenvolvimento do ramo tecnológico e das comunicações, facilitando, por exemplo, a disseminação de notícias e informações relevantes. Apesar disso, a globalização ocasionou, também, muitos problemas. Entre as principais adversidades resultantes desse fenômeno encontra-se o crescimento da competitividade entre os Estados, catalisadora da miséria e dos conflitos em âmbito interno e externo.

Examinou-se, também, que impera entre as pessoas o sentimento de insegurança. Cria-se para o controle das massas a falsa narrativa de que as taxas de criminalidade não param de crescer e, como forma de combater esta problemática, cresce o clamor por uma maior intervenção do Direito Penal.

A noção do Direito Penal como *ultima ratio* é abandonada e seu raio de interferência é expandido, sacrificando até mesmo direitos e garantias para este fim.

No contexto do sistema econômico capitalista e do pensamento neoliberal é atribuído aos detentores de capital o poder de determinar quais condutas serão vistas como reprováveis e quem será o alvo da repressão, cabe ao grupo dominante estabelecer o que é crime, quem é criminoso e quem é a vítima.

Seguindo esta lógica, nota-se a forma como o Sistema serve aos interesses do grupo dominante. A tipificação de condutas associadas aos párias, como é o caso da vadiagem e, no passado, da mendicância, demonstram um claro ataque à essas pessoas.

Ao mesmo tempo, porém, que ocorre a marginalização das pessoas mais pobres e, como consequência dela, o encarceramento em massa de homens negros, moradores de periferias, com idade entre 18 e 24 anos e com baixo nível escolar, observa-se o tratamento diferenciado que recebem os ricos transgressores da lei.

O Sistema Penal favorece aqueles que já são privilegiados, respondendo de forma notavelmente mais branda às suas condutas delituosas; por maior que tenha sido o impacto de suas ações, a punibilidade dos crimes tipicamente praticados por pessoas ricas se extingue com facilidade. Dentro do estudo da culpabilidade Zaffaroni desenvolve uma teoria que visava amenizar a ausência de isonomia que se dá.

Pela Teoria da Culpabilidade o Estado seria corresponsável pelos crimes dos mais pobres, entende que a criminalidade decorre, em parte, da desídia Estatal em proporcionar condições básicas para vida igualitária, não se limitando a Teoria a fatores econômicos para falar nesta corresponsabilidade.

Surge uma problemática ligada aos intitulados crimes de colarinho branco, em que a vulnerabilidade do agente não pode ser utilizada como forma de atenuar sua punição. Em resposta a este problema origina-se a Teoria da Culpabilidade às Avessas que dispõe, com a intenção de apresentar crítica, justamente sobre a disparidade no tratamento dispare das transgressões, trazendo luz ao fato de que os crimes comuns são punidos severamente, mesmo quando insignificantes e os crimes de trato econômico ou tributário são facilmente perdoados, mesmo que o dano causado por eles seja maior sua reprovabilidade social não será tanta, já quem define o que é ou não reprovável serão exatamente às pessoas que comumente incorrerão neste tipo de crime, como é o caso de empresários e políticos.

Por fim, resta clara uma desigualdade social extrema, que perdura desde períodos passados e que se estende para dentro do Direito, em especial no campo penal, ocasionando maior repressão às pessoas com menor poder socioeconômico.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 dez. de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 de maio de 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.688, de 03 out de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 21 de maio de 2019.
- DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2006. (Coleção Pensamento Criminológico; v. 12).
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** volume 1: parte geral. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- KARAM, Maria Lucia. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas.** In: JUSTIFICANDO. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>. Acesso em 05 de abril de 2019.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA; DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** INFOPEN. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf). Acesso em: 10 de abril de 2019.
- MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade.** Niterói: Impetus, 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime de colarinho branco**. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em:  
<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66692/69302>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

RIBEIRO, Wagner Costa. **Globalização e geografia em Milton Santos**. In: El ciudadano, la globalización y la geografía. Homenaje a Milton Santos. Disponível em:  
<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-124.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

STJ. Habeas Corpus: **HC 362478 SP 2016/0182386-0**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Data de Julgamento: 14/09/2017. T5 - QUINTA TURMA. Data de Publicação: DJe 20/09/2017. In: Jusbrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501159952/habeas-corpus-hc-362478-sp-2016-0182386-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 de jun de 2019.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Coleção Pensamento Criminológico; 7).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro** – I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# (IN)APLICABILIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA FEMINICÍDIO EM CASOS EM QUE FIGURAM COMO VÍTIMA UMA MULHER TRANS\*

Gabriela Siqueira dos SANTOS<sup>1</sup>

## RESUMO

Buscou-se investigar a possibilidade de aplicação da qualificadora feminicídio quando se tratarem as vítimas de mulheres trans\*, ou seja, mulheres que buscaram a identidade feminina frente a designação masculina ao qual foram submetidas desde o nascimento. O tema da pesquisa está inserido no campo de análise penal, bem como sociológico, tendo em vista que analisa comportamentos humanos criminosos dentro de um contexto social carregado por uma forte ideologia patriarcal insistente. O trabalho tem como finalidade verificar os aspectos da violência contra a mulher, os elementos constituintes da qualificadora feminicídio, os aspectos de vivência das mulheres trans\* e a possibilidade de estabelecer um paralelo entre a violência enfrentada por ambas. A pesquisa é basicamente dividida em três blocos, no primeiro analisamos aspectos da violência contra a mulher como um todo, verificando as formas pelas quais pode se manifestar, bem como os instrumentos utilizados na busca do combate à discriminação ao gênero feminino, no segundo observamos a circunstância qualificadora propriamente dita e critérios que devem ser preenchidos no caso concreto para o seu enquadramento. Por fim analisamos a possibilidade de acomodação de casos que envolvam mulheres trans\* à tipificação prevista no artigo 121 § 2º, VI do Código Penal.

**PALAVRAS CHAVE:** Violência, Feminicídio, Mulher Trans\*.

## ABSTRACT

The word pursues to investigate a possibility of applying the feminized qualifier when the victims are a trans\* female, what is, women who sought a female identity in front a male designation from birth. The subject of the research is inserted in the field of criminal and, as well, sociological analysis, considering that the analyses the criminal behavior within a social context by a strong patriarchal ideology insistent. The objective of this study is to verify the characteristics of violence against women, the constituent elements of the femicide qualification, the aspects of trans\*s\* women experience and the possibility of establishing a parallel between the violence faced by both. The research is basically divided into three blocks, the first analyzing the variables of violence against women in general, checking how the forms it can manifest, and also the instruments used in the search of combat the discrimination to the female gender, in the second it observes a qualifying circumstance and the criteria which must be fulfilled in the specific case for its framing. In the end, it analysis that provides the possibility of involving transgender women in the typography provided for in the article 121 § 2, VI of the Penal Code.

**KEYWORDS:** Violence, Femicide, Transgender Woman.

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa visou compreender o enquadramento de homicídios de mulheres trans\* à

---

1 Graduanda em Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Toledo (PICT), no grupo Cidadania e desigualdade: expressões contemporâneas.

qualificadora feminicídio, haja vista que por se identificarem como mulher e se relacionarem com outras pessoas, e em alguns casos, com homens, nesta condição, poderiam de alguma maneira serem atingidas pelo machismo enraizado na sociedade e enfrentado por mulheres todos os dias.

Buscou-se analisar os aspectos da violência contra a mulher nos vários sentidos, afinando para o extremo da violência que seria o homicídio dessas mulheres cometido por motivações fúteis a serem destrinchadas no decorrer do trabalho.

Feito isso, verificamos quais os requisitos necessários para que o caso fático se adeque a qualificadora feminicídio e se mulheres trans\* poderiam preencher os requisitos narrados pelo tipo penal.

O estudo mostrou-se de relevância por ser indiscutível a crescente na população de mulheres trans\* no país, e quais as consequências enfrentariam ao se posicionarem como pertencentes a um gênero culturalmente subestimado.

O enfrentamento do tema se deu por meio de análise artigos já escritos sobre o tema, bem como pesquisas online acerca da vivência de pessoas trans\* a fim de se analisar como a sua vivência contribuiria para o seu estado de vulnerabilidade social e possibilidade de ser vítima de um crime como o tratado na pesquisa.

Tratou-se de uma pesquisa exploratória, por observar a necessidade de compreender se a condição social de mulher que a pessoa trans\* se impõe poderia gerar a expansão interpretativa do tipo, ou se não existe essa expansão por não haver diferença institucional entre mulheres trans\* e cis.

Para apresentar a pesquisa de uma forma que melhor apresentasse o conteúdo, fora utilizado o método de pesquisa dedutivo traçando um roteiro sobre violência contra a mulher no Brasil, a violência específica de homicídio, o porquê da necessidade de se instalar a qualificadora feminicídio no Brasil.

Feitas essas análises, observamos brevemente sobre o que se trata ser uma mulher trans\*, e em quais pontos a violência sofrida essa mulher poderia ser identificada por pertencer ao gênero feminino e não por qualquer outra espécie de preconceito, a fim de verificar sua adequação aos requisitos da qualificadora de feminicídio.

## **2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

A violência contra a mulher não é assunto recente, pelo contrário. Desde muito tempo verifica-se na história momentos em que a mulher foi subestimada, negligenciada política e socialmente, sendo segregada a posições de procriadoras e domésticas.

A ideologia patriarcal que nos empurrou a falsa existência de uma dominação natural do

homem sobre a mulher é a culpada pela naturalização da violência sofrida pelo gênero feminino.

Referida ideologia sobreviveu por tantos séculos e atingiu tantas culturas diferentes que o comum por muitos anos foi inferiorizar e subordinar tudo o que remetesse a uma vivência feminina. O que se tornou um ciclo vicioso, pois, a violência empregada contra as mulheres reforçava o patriarcado, que conseqüentemente reforçava a perpetuação da violência.

Ainda hoje a posição social da mulher é um assunto delicado, persistindo os casos de violência em várias localidades do globo, o que reitera o caráter cultural universal de subjuga-las, sendo variadas as maneiras utilizadas pelos agressores para violentar mulheres.

Podemos elencar brevemente apenas a título de exemplificação as violências físicas, verbais, morais e sexuais (deixando claro que este é um rol exemplificativo, haja vista a existência de outras formas de violação).

Cada uma delas com um potencial prejudicial específico.

Na violência física, a vítima é agredida por meio de socos, empurrões, chutes, bem como por elementos mais graves, utilizando armas brancas como facas e canivetes, e também por meio de armas de fogo. Sendo uma forma de violência que prejudica drasticamente a saúde física dessas mulheres agredidas, podendo leva-las à morte;

Por violência verbal, entendemos o ato do agressor de atribuir a vítima nomes e qualidades degradantes, que a humilham;

A violência moral é realizada por meio de violência verbal, só que esta é mais agravada. Vai além dos xingamentos, toca em pontos que desestruturam a personalidade da vítima e a rebaixam como pessoa;

Por fim, a violência sexual é aquela na qual a vítima é obrigada por meio de coação irresistível e/ou força física a praticar ou deixar que pratiquem em si atos sexuais que não deseja realizar.

Para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, 1994, a violência contra a mulher seria “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Entende-se que a violência sofrida no âmbito privado, na intimidade da vítima também seria culpa do Estado e sociedade, pois a mulher é constantemente retratada como um ser inferior, fraco, com menor capacidade cognitiva que o sujeito masculino, de forma que aquela deveria sempre viver embaixo da “proteção” que algum homem pudesse lhe oferecer, seja este homem seu pai, irmão, namorado, companheiro ou marido, pois qualquer figura masculina representaria mais segurança a uma mulher que a sua independência.

Ocorre que rotineiramente, esses homens que em tese seriam os salvadores dessas mulheres e lhe ofereceriam proteção são justamente os agressores.

Reflete sobre este ponto ao elencar que:

Nesse mundo dos homens, as mulheres foram postas para servir a casa dos homens, parir para os homens, cuidar dos filhos dos homens. Os homens repartiam entre si o controle sobre as mulheres, vigiando-as, reprimindo-as, matando-as. As leis dos homens absolviam os homens de tudo. As mulheres eram dos homens. Sumiam-se, inclusive, na adoção do nome dos homens

O campo representado pela fala acima demonstra o caráter submisso que por vezes uma mulher tem dentro de uma relação amorosa, onde o seu companheiro é quem dita as regras de sua existência, amparado pelas tradições concebidas pela sociedade.

A essa violência enfrentada pela mulher dentro de seu campo íntimo, dentro de um espaço simbólico que representa o lar, e realizada por alguém com quem já teve ou tem algum tipo de relação afetiva, é atribuído o nome de violência doméstica, porque fundada em relações interpessoais entre pessoas de uma mesma família ou entre duas pessoas que compõem ou compuseram um relacionamento amoroso, onde o agressor se vale da sua posição privilegiada obtida pelo casamento, namoro, ou outro tipo de intimidade para praticar eventos violentos contra a vítima.

Ressalto que para este tipo de violência, o que importa é quem o pratica e não necessariamente o local em que se pratica. Em razão disso é que pode ocorrer uma violência doméstica em locais externos ao lar, como no local de trabalho da vítima, por exemplo.

Como outrora mencionado, a ideologia patriarcal é a principal responsável pela crença de que o homem figura em uma posição superior à mulher, fazendo com que aquele acredite ter poder sobre a vida dessa, e que poderia, inclusive, determinar sua vida ou morte.

Muitos são os casos de agressões contra mulheres todos os dias, seja verbal, psicológica, física, etc, sendo, infelizmente, comum o extremo do cometimento de homicídios.

Observada a frequência dos homicídios de mulheres fundados na crença de que seriam “subordináveis” ao julgo masculino, verificou-se a necessidade de realizar discussões sobre o assunto e convenções que objetivavam medidas de prevenção e combate à violência contra a mulher. A exemplo desses debates, temos a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada pela OEA (Organização dos Estados Americanos) ocorrida na cidade de Belém do Pará no ano de 1994, que foi responsável por estabelecer o objetivo de criar políticas preventivas capazes de reprimir a violência discriminatória contra a mulher, e os assassinatos baseados em sua condição social feminina.

A discussão sobre a tipificação do feminicídio como meio para combater a impunidade dos

agressores surgiu aqui na América Latina.

Referida discussão fora iniciada pelos assassinatos de mulheres em Ciudad Juarez, Chihuahua, no México, onde a continuidade dos crimes violentos contra mulheres e a impunidade dos agressores chamou a atenção da comunidade internacional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ao reconhecer a responsabilidade mexicana pelos assassinatos dessas mulheres no ano de 2009, utilizou pela primeira vez o termo “feminicídio” em um tribunal internacional. Somado a isso, as Conclusões Acordadas da 57ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher da ONU, aprovado em 15 de março de 2013, recomendou expressamente a tipificação da conduta de feminicídio aos países membros para que fosse reforçado o arcabouço jurídico de proteção às mulheres e redução de impunidade dos agressores de gênero.

Inserido neste contexto, e verificando a frequência e futilidade dos motivos encontrados pelos autores dos crimes, o Congresso Nacional Brasileiro acresceu a qualificadora feminicídio ao crime de homicídio, prevista no artigo 121, § 2º, VI do Código Penal.

Aludido texto legal veio na esteira da popularmente conhecida Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), passando a ser um elemento a mais a destacar a violência cometida contra a mulher dentro de um âmbito doméstico/familiar, a fim de que a ideia de impunidade desses crimes não se perpetuasse, e que fosse demonstrado com maior veemência o repúdio social e estatal contra esse tipo de conduta.

### **3 A CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA FEMINICIDIO**

A circunstância qualificadora feminicídio adentrou o ordenamento jurídico por meio da Lei nº 13.104/15, que acrescentou o inciso VI ao artigo 121, § 2º do Código Penal.

Ela é antes de tudo, simbólica, pois dá destaque ao número de mulheres que são assassinadas todos os dias em decorrência do machismo existente em nossa sociedade.

Além de punir os agressores, chama a atenção para um debate necessário, e uma realidade que precisa ser transformada.

Quando dos primeiros passos do que se tornaria a Lei que inseriu a nova circunstância qualificadora no Código Penal, enquanto essa ainda era o Projeto de Lei nº 292/13, foi apontado como justificativa para o acréscimo da circunstância qualificadora que:

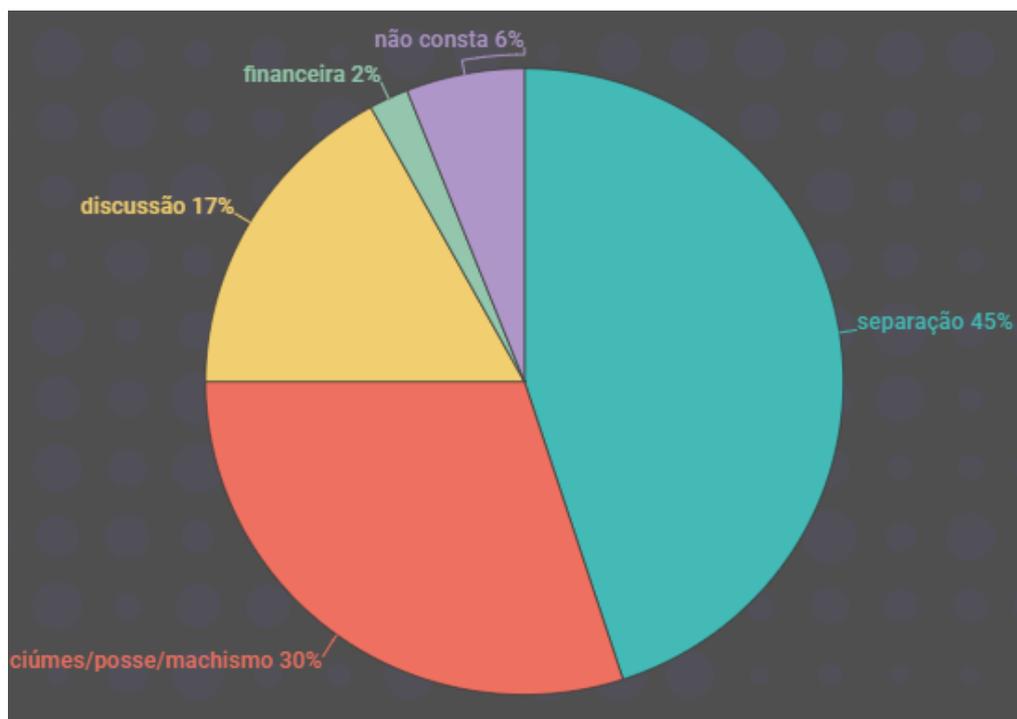
O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.

Encontramos nessa justificativa que a qualificadora feminicídio não se confunde com o femicídio, pois este se trata do homicídio de mulheres em qualquer outra circunstância. A tipificação deste segundo termo representaria um tratamento institucional distinto e injustificado entre homens e mulheres.

Em verdade, o que a qualificadora visa coibir é o homicídio de mulheres motivado por sua condição social de mulher e pela crença do agressor de superioridade e controle sobre a vida e morte daquela.

Ressaltamos com veemência essa condição de inferiorização da mulher e da dominação do homem sobre ela, porque esse é o motivo que circunda todo o tipo penal, considerando-se que a maioria dos casos de feminicídio são motivados por circunstâncias fúteis da vida, como o ex-parceiro não aceitar o término da relação, sendo essa a motivação mais recorrente.

Para ilustrar o narrado, cabe a observação do gráfico retirado do site do Instituto Patrícia Galvão<sup>2</sup>, que o confeccionou com base nos dados informados pelo Raio X do feminicídio em SP: é possível evitar a morte (MPSP, 2018).



Fonte: Instituto Patrícia Galvão

Embora trate-se de uma verificação de dados apenas no estado de São Paulo, podemos perceber a existência desse sentimento de dominação entre os feminicidas, pois a maior porcentagem dos assassinatos, 45%, é realizado por ex-companheiros que não aceitam que a mulher possa ter uma vida sem ele, e 30% por ciúmes/posse/machismo.

<sup>2</sup> Dossiês Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/raio-x-do-feminicidio-em-sp-e-possivel-evitar-morte-mpsp-2018/>. Acesso em: 16 de jul. 2019

Ambas as circunstâncias que mais matam têm esse viés de dominação sobre a vítima.

Com a previsão da circunstância qualificadora o Estado despense uma atenção especial ao homicídio de mulheres porque verifica a necessidade de empreender uma proteção institucional maior para este gênero, em razão de todo o contexto social, para que não exista a impunidade autorizadora da persistência dessa conduta criminosa.

Para que não fosse criado um tipo penal com tanta margem interpretativa para o julgador aplicar ou não a qualificadora, o legislador previu no artigo 121, § 2º-A do Código Penal (igualmente acrescentado pela Lei nº 13.104/15) os requisitos essenciais que deveriam ser buscados no caso fático que para que este se encaixasse na tipificação penal.

Desta maneira, a partir de 2015 a qualificadora feminicídio passou a existir já com parâmetros objetivos para a sua aplicação, caracterizando-se quando o crime de homicídio contra a mulher ocorrer numa situação em que se destacaria: a) a violência doméstica e familiar; e/ou b) o menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

É importante a análise desses dois elementos, principalmente se entendermos que a qualificadora possui natureza jurídica objetiva.

Considerando a sua natureza jurídica dessa forma, a intenção do legislador de atribuir à conduta do sujeito que age coberto por sua torpeza um grau a mais de repúdio, tendo em vista que o feminicida comete um crime baseado em sua ideia fantasiosa de dominação sobre a mulher, se aproveitando da prerrogativa de ter a confiança da vítima, ou ao menos o conhecimento sobre a sua rotina, em razão da relação que possui com ela, o que demonstra o caráter amoral do sujeito.

E sendo assim, a circunstância qualificadora feminicídio pode ser aplicada como em conjunto com as demais circunstâncias qualificadora subjetivas, como motivo torpe e utilização de meio que impossibilitou a defesa da vítima (art. 121 §2º I e IV, respectivamente), por exemplo, o que não geraria bis in idem.

Não há como atribuir a essa qualificadora a natureza jurídica subjetiva porque o assassinato de uma mulher fundado na crença do agressor de exercer alguma superioridade em relação a ela é algo comum nesse tipo de crime, ou seja, não varia de um para outro, não sendo ponto subjetivo do agressor, mas objetivo da própria conduta, o ponto determinante dela, a elementar do tipo.

Tendo em conta que se o crime não é motivado pela crença cega do agressor de ter o controle sobre a vida da vítima por ela ser mulher, não se trataria de um crime de feminicídio, mas sim, um homicídio de mulher de outra espécie, sobre o qual não repousaria a qualificadora.

Portanto, é incontroverso a possibilidade de cumulação da circunstância qualificadora de feminicídio com outras circunstâncias qualificadoras de natureza subjetiva.

### 3.1 Requisitos para Adequação ao Tipo

Como assinalado no tópico anterior, para que a qualificadora não fosse empregada sem parâmetros foi necessário estabelecer critérios objetivos para a sua ocorrência, quais sejam: a) a violência doméstica e familiar; e/ou b) o menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Para Masson (2016, p. 43):

O reconhecimento da violência doméstica ou familiar contra a mulher não é suficiente para a configuração do feminicídio. O inciso I do § 2.º-A deve ser interpretado com sintonia com o inciso VI do § 2.º, ambos do art. 121 do Código Penal. Em outras palavras, o feminicídio reclama que a motivação do homicídio tenha sido as "razões da condição do sexo feminino", e daí resulte a violência doméstica ou familiar.

Sendo, portanto, importante a análise desses critérios, pois, determinantes para a caracterização desse tipo penal.

#### 3.1.1 A violência doméstica e familiar

Esse primeiro critério para a adequação à qualificadora descreve o cenário em que a violência, o homicídio ocorreria. Ou seja, dentro de um ambiente que na teoria ofereceria proteção, mas que infelizmente é também o ambiente onde a vítima se encontra mais vulnerável frente o agressor e o distanciamento comum das instituições neste tipo de ambiente se caracteriza como um dos elementos que contribuem para essa vulnerabilidade.

Contudo, ao colocar os termos: violência doméstica e familiar, unidos por uma conjunção aditiva, da maneira que foi feito, transmite-se a ideia de que ambas as condições teriam que ser verificadas juntas para que a qualificadora ocorresse, o que não nos parece a melhor maneira de pontuar o critério.

A popularmente conhecida Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), traz uma diferenciação de ambas as violências em seu artigo 5º, incisos I e II, o que nos ajudaria a compreendê-las melhor.

Para esta lei a violência doméstica seria aquela ocorrida dentro de um ambiente de convívio permanente de pessoas, mas não exige necessariamente que agressor e agredido façam parte do mesmo laço familiar.

Já a violência familiar teria como personagens principais pessoas que pertencem ou se consideram pertencentes a uma mesma família.

Analisando as duas conceituações, podemos dizer que o legislador observa a necessidade de que o crime seja cometido por um sujeito que possua algum nível de relação com a vítima, e que esse crime ocorra dentro de um ambiente doméstico.

Mas o critério espacial do delito não deve ser observado de maneira literal, pois, embora vários crimes de fato ocorram dentro da casa das vítimas, isso não é regra absoluta, porque existem ocorrências dessa espécie criminosa em outras localidades, como na rua, haja a vista a facilidade de interceptar a vítima nesse ambiente.

Dessa forma, mesmo que as ações criminosas ocorram em contextos externos ao ambiente de um lar familiar, temos que observar o sujeito criminoso, qual o seu nível de relação com a vítima e suas motivações para o homicídio.

Para (BIANCHINI, 2016, on-line):

O agressor conhece a condição privilegiada decorrente de uma relação de convívio, intimidade e privacidade que mantém ou tenha mantido com a vítima, prevalecendo-se dela para perpetrar suas atitudes violentas. De fato, seguro do controle do “seu” território, dificilmente exposto a testemunhas o indivíduo violento aumenta seu potencial ofensivo, adquirindo a conformação de um assassino em potencial. Por essas especificidades, não se pode tratar indistintamente um delito que tenha sido praticado por um desconhecido e outro perpetrado por alguém de convivência próxima.

Esse trecho reflete a ideia do julgador ao determinar esse critério, pois é notório que um crime de tamanha gravidade como é um homicídio passa a ter um peso ainda maior quando cometido por uma pessoa próxima da vítima, que por vezes mantenha com ela um relacionamento íntimo, que teoricamente deveria ser baseado no respeito mútuo entre os envolvidos.

E por representarem um cenário de maior repugnância, merecem uma atenção penal especial.

### 3.1.2 O menosprezo ou discriminação à condição de mulher

Diríamos que este é o cerne da qualificadora de feminicídio, porque reflete a motivação que leva o agente assassinar a vítima.

Demonstra o caráter machista e de suposta superioridade que o agressor julga ter sobre a vida da mulher agredida, e, por conseguinte a condição de vulnerabilidade desta.

Circunstâncias muito bem observadas por:

Os papéis sociais atribuídos a homens e a mulheres são acompanhados de códigos de conduta introjetados pela educação diferenciada que atribui o controle das circunstâncias ao homem, o qual as administra com a participação das mulheres, o que tem significado ditames rituais de entrega, contenção de vontades, recato sexual, vida voltada a questões meramente domésticas, priorização da maternidade. Resta tão desproporcional o equilíbrio de poder entre os sexos, que sobra uma aparência de que não há interdependência, mas hierarquia autoritária. Tal quadro cria condições para que o homem sinta-se (e reste) legitimado a fazer uso da violência, e permite compreender o que leva a mulher vítima da agressão a ficar muitas vezes inerte, e, mesmo quando toma algum tipo de atitude, acabe por se reconciliar com o companheiro agressor, após reiterados episódios de violência.

Diz-se menosprezo a condição de falta de estima que um ser humano sente pelo outro, a desvalorização da qualidade deste como seu igual.

Por discriminação temos o ato de diferenciar o outro, termo que somado ao termo “menosprezo” indica que ocorreria um processo de diferenciação negativa da vítima.

Nessa diferenciação negativa a mulher seria colocada em um grupo inferior pelo agressor, pois esse não a veria como um ser igual, mas sim como alguém que está socialmente abaixo dele, e contra quem poderia empregar qualquer tipo de ação, que no caso do feminicídio é tirar-lhe a vida, pois identifica na vítima, uma fraqueza e submissão natural em razão de seu gênero.

Ambos os elementos indicam a aversão e desprezo a existência do gênero feminino, como se a vida de uma mulher fosse fugaz o suficiente que deixaria de ser necessária a partir do momento em que o agressor julgar oportuno.

A opressão que o agressor visa empregar contra a agredida, é clara, o que muda é a forma como se dá a ação do agente criminoso.

Logo, é impossível falar em feminicídio sem debater a posição da mulher em sociedade e como ainda estamos longe de realmente mudarmos o cenário.

#### **4 MULHERES TRANS\*<sup>3</sup>**

Até o momento explicamos a importância de debater sobre o assunto violência contra a mulher, em razão de todo o histórico cultural de dominação tão enraizado que reafirma ano após anos que a figura masculina representaria algo naturalmente superior a figura feminina.

Destarte, por este raciocínio falacioso, poderia o homem controlar todos os aspectos da vida de uma mulher, e a partir do momento que esta resolvesse não andar mais sobre os trilhos traçados por este agressor, estaria à mercê de qualquer forma de repúdio que este sujeito feminicida quisesse empregar contra si.

Falamos também de como, em verdade, a circunstância qualificadora feminicídio possui um caráter simbólico no combate ao machismo e impunidade desses assassinos, pois, sozinha, sem que o contexto social seja alterado, a tipificação de uma conduta criminosa apenas repudia, mas não evita que os crimes sejam cometidos, não evita que a sensação de dominação masculina se prolongue no tempo.

Mas não deixa de ser importante, porque ao enxergarmos os crimes sob um viés quantitativo, podemos observar com maior clareza a gravidade e dimensão do problema.

Feito esse breve retrospecto podemos entrar neste novo capítulo já conhecendo o assunto tratado, entretanto, a partir deste momento afunilaremos a pesquisa para a vivência de uma mulher trans\*.

---

3 A escrita da palavra trans seguida pelo asterisco é necessária, pois consolida um termo guarda-chuva, que engloba todas as formas de vivência trans\*, não resumindo toda essa comunidade a uma única forma de representação social.

#### 4.1 A Vivência Trans\* e Seus Direitos

A comunidade trans\* é formada por pessoas que possuem uma identidade de gênero diferente daquele representado pelo órgão genital que a acompanham desde o nascimento.

A identidade de gênero difere da orientação sexual da pessoa, pois esta é condição onde o sujeito pode ou não se sentir bem com o órgão sexual e todo o mais da concepção do gênero em que nasceu ou não, mas se sentir atraído sexual e/ou amorosamente por pessoa do mesmo gênero que ele.

Mas ao falarmos de uma pessoa trans\*, nos referimos às pessoas que passam por mudanças físicas para se adequarem ao gênero pertencente.

No que tange a vivência de uma mulher trans\*, ela nasceu com um órgão reprodutor masculino que destoava de sua consciência feminina, e por vezes essas pessoas, além de tratamentos ambulatoriais ingerindo hormônios para a feminilização de seus traços, passam também pela cirurgia de redesignação/readequação sexual.

Todavia, faz-se coerente esclarecer que nem a realização da cirurgia nem os tratamentos hormonais e patologizantes são *conditio sine qua non* para que essa pessoa se considere e seja considerada do gênero feminino, mas sim sua autopercepção, como inclusive fora determinado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2018, por meio do julgamento da ADI 4.275, quando reconheceu que a alteração do registro civil para que sua identidade social seja aquela que sinta ser adequada a sua pessoa, e não a que lhe atribuíram ao nascer em razão da genitália, é um direito das pessoas trans\*.

Ainda, chamados a analisar o tema novamente por meio do Recurso Extraordinário nº 670422, no mesmo ano, reafirmaram o posicionamento de que o registro civil poderia ser averbado independentemente da realização do procedimento cirúrgico. E decidiram que:

- 1 – O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.
- 2 – Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”.
- 3 – Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.
- 4 – Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

A partir desse momento, a pessoa trans\* passa a ser reconhecida social e institucionalmente como uma mulher, e participar do grupo de gênero feminino.

Logo, como fazemos parte de um sistema que veda o tratamento desigual de pessoas iguais, essas mulheres também teriam o direito de serem abarcadas pela circunstância qualificadora feminicídio.

## 4.2 Adequação ao Tipo

Na qualificadora feminicídio, o sujeito passivo sempre será uma mulher.

A condição de ser mulher antes facilmente identificada por uma circunstância objetiva da existência da genitália e características femininas desde o nascimento e de comprovação simples por meio empírico e sensorial, passa a ser um pouco mais explorada, haja vista que pessoas transgênero fogem a essa regra, num primeiro momento pelo menos.

As pessoas trans\* como já assinalado fogem a esse perfil. Algumas chegam a realizar a cirurgia de readequação sexual, mas outras não, e isso não as torna menos mulheres do ponto de vista institucional, pois possuem o direito de serem tratadas pelo gênero ao qual se sentem pertencentes, que para fins desta pesquisa é o feminino.

Ocorre que assumindo essa feminilidade inerente a sua existência, externalizando a mulher que são e exigindo que sejam tratadas como tal, automaticamente são transferidas do grupo social mais forte, e realocadas em um que representa fragilidade e submissão.

Exercendo o papel social de mulher, essa pessoa poderia ser tão vítima quanto qualquer outra mulher do machismo recorrente, logo, também precisaria da proteção atribuída a qualquer outra mulher.

O ponto crucial, portanto, é a vulnerabilidade social que essa mulher passa a ter a partir do momento em que é lida dessa forma pela coletividade, por seus companheiros amorosos ou familiares.

O Projeto que deu origem à Lei 13.104/2015 (PL 8305/2014) sofreu, pouco tempo antes de ser aprovado, uma alteração: o vocábulo “gênero” foi substituído pela expressão “condição de sexo feminino”.

Tal alteração traz algum impacto interpretativo? Entendemos que não, já que a expressão “por razões da condição de sexo feminino” vincula-se, igualmente, a razões de gênero.

Perceba-se que o legislador não trouxe uma qualificadora para a morte de mulheres. Se fosse assim bastaria ter dito: “Se o crime é cometido contra a mulher”, sem utilizar a expressão “por razões da condição de sexo feminino”.

Uma vez esclarecido que a qualificadora não se refere a uma questão de sexo (categoria que pertence à biologia), mas a uma questão de gênero (atinentes à sociologia, padrões sociais do papel que cada sexo desempenha) [...]

E se esse crime ocorre em razão das condições do sexo feminino, como bem levantado anteriormente, qualquer ser humano que externalize feminilidades poderia vir a ser rebaixado a uma condição de subordinação?

Acreditamos que não seja meramente a exteriorização de feminilidades. Um homem

homossexual que tenha traços femininos, não está sendo uma mulher, está sendo um sujeito homossexual, e o repúdio de preconceituosos que porventura vier a sofrer será classificado como homofobia, e não como violência contra a mulher ou feminicídio, porque sua vulnerabilidade social é verificada não por ser mulher, pois não é, mas sim pela hipocrisia, desrespeitos e retardo social dessas pessoas que o discriminam em relação a sua orientação sexual diversa da culturalmente enaltecida.

Em contrapartida, podemos dizer que as mulheres trans\* sofrem preconceito duas vezes, tanto pela transformação enfrentada para de alocar ao seu gênero correto, quanto por toda a bagagem cultural que tenta manter a imagem da mulher como sendo uma pessoa submissa.

Nesse contexto, não há como não observarmos a vulnerabilidade dessa mulher, principalmente emocional, pois começa uma experiência de vida diferente da que levava antes, e precisa se acostumar a essa nova vivência.

Então imagine só, a título de exemplo, que uma mulher trans\* conclua os procedimentos que julga necessário para ser feliz, e encontra um companheiro para compartilhar a vida, mas passa a ser humilhada por ele por ser uma mulher trans\*, sendo violentada psicologicamente porque este a faz crer que nenhum outro homem iria se relacionar com ela em razão dessa sua condição, e isso a amedronta, mas mesmo assim consegue terminar a relação com o sujeito. Contudo, esse não aceita o término, assassina a vítima em uma visita que visava devolver pertences do agressor.

Não é aceitável que numa situação como a narrada o assassino não incorra na qualificadora de feminicídio, porque preenche os requisitos objetivos cobrados pelo legislador para a sua figuração.

Nesse enredo nota-se a relação íntima do casal, a sua motivação guiada pela sensação de dominação sobre a existência da vítima, bem como o gênero feminino da vítima, de forma que não haveria o que se questionar quanto a aplicação, pois, embora trate-se de uma pessoa trans\*, a homofobia não poderia ser utilizada como pretexto para o cometimento do crime, em razão da relação de afeto que ambos mantiveram por um tempo, o que demonstraria que o agressor não seria homofóbico, ou sendo, não teria empregado esse seu preconceito sobre a vítima, mas mantido uma relação com ela, que terminou porque essa tomou uma decisão para a sua vida que o feminicida não respeitou.

Entretanto, em casos onde se trate de crimes contra mulheres trans\* onde o agressor souber da sua condição de pessoa LGBT e cometer o crime motivado por sua homofobia, não vislumbramos a possibilidade de aplicação da qualificadora, por não preencher os critérios objetivos para a configuração do tipo.

É que, embora trate-se de uma mulher, não seria essa a condição pela qual teria sido

assassinada, o menosprezo do assassino neste caso é baseado na transposição da vítima de um gênero para outro, o ódio por pessoas que têm existências diferentes da que ele julga correta, e não por julgar a vítima inferior por ser mulher.

De igual sorte nos parece a circunstância onde o agressor mantenha uma relação amorosa ou de outro nível íntimo com a vítima sem ter conhecimento de sua condição de mulher trans\*, mas ao passo em que descobre, passa a agir motivado por sua homofobia, e revoltado por ter se relacionado com alguém nessa condição, assassina a vítima. Pois, neste caso o sujeito age motivado tanto pela sua homofobia e irracionalidade quanto por sua sensação de traição, por ter a vítima omitido uma informação necessária para a manutenção do relacionamento.

Tratam-se de situações distintas, mas que podem ser resolvidas se os requisitos para a tipificação do feminicídio forem observados.

## **6 CONCLUSÃO**

Com a pesquisa pudemos perceber que o problema de violência contra a mulher está enraizado na sociedade, tratando-se de um problema cultural e que muito ainda precisa ser feito para que o cenário se modifique, pois, a mera tipificação da conduta não apresenta um caráter preventivo, apenas repressivo, e o estado ideal, em verdade, seria a diminuição de ocorrência desses crimes.

Ainda, pudemos observar as motivações que levaram à criação da circunstância qualificadora e a importância que o levantamento dos dados tem para a averiguação do tamanho do problema e quais medidas poderiam ser tomadas para que ele diminuísse.

Quanto a espécie penal tratada, verificamos a sua diferença em relação ao feminicídio, e quais os critérios que devem ser preenchidos no caso concreto para que se verifique a sua aplicação, quais sejam: a) a violência doméstica e familiar; e/ou b) o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, e que tais critérios contribuem demasiadamente para a solução da questão principal que esta pesquisa buscou investigar.

Investigando todos os pontos abordados, pode-se concluir que há sim a possibilidade de aplicação da circunstância qualificadora feminicídio em casos onde as vítimas tratem-se de mulheres trans\* desde que se verifiquem no caso concreto os critérios exigidos pelo tipo penal, pois nem toca violência contra uma mulher trans\* será cometida em razão de sua condição de mulher, como ocorre também com uma mulher cis (que se sente bem com o órgão sexual que possui), ou seja, circunstâncias de feminicídio (homicídios de mulheres), serão analisados da forma tradicional, ocorrendo a aplicação da qualificadora apenas em casos que preencherem os requisitos dispostos no artigo 121, § 2º-A do Código Penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice. **Os três contextos da violência de gênero: doméstico, familiar ou relação íntima de afeto**. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814348/os-tres-contextos-da-violencia-de-genero-domestico-familiar-ou-relacao-intima-de-afeto> Acesso em: 16 jul. 2019.

\_\_\_\_\_, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual#sdfootnote3sym>. Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. **Projeto de lei do senado federal nº 292 de 16 de julho de 2013 (da cpmi da violência contra a mulher)**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&ts=1553281755009&disposition=inline> acesso em 05 jul. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Convenção de Belém do Pará. 10 anos da adoção da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. Brasília, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. **STJ: Qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/05/stj-qualificadora-feminicidio-tem-natureza-objetiva/> Acesso em: 04 jul. 2019.

\_\_\_\_\_, Rogério Sanches. **Lei do Feminicídio: breves comentários**. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>. Acesso em 15 jul. 2019

DOSSIÊ VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES. **Cultura e Raízes da Violência Contra as Mulheres**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/cultura-e-raizes-da-violencia/> acesso em 05 jul. 2019.

ESTRELA, Pedro. **Posicionamentos doutrinários quanto à natureza da qualificadora do feminicídio**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64615/posicionamentos-doutrinarios-quanto-a-natureza-da-qualificadora-do-feminicidio> Acesso em: 04 jul. 2019.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte especial**, vol. 2, 12ª ed., Editora Impetus, 2016.

JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal**, Vol. 2, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MASSON, Cleber, **Direito Penal**, vol. 2, Parte especial, ed. 9ª, Editora Forense pg. 43

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Raio x do feminicídio em sp, é possível evitar a morte**. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/Feminicidio/2018%20-%20RAIOX](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/2018%20-%20RAIOX)

%20do%20FEMINICIDIO%20pdf.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 11ª ed., editora Forense, 2016.

RELÓGIOS DA VIOLÊNCIA. Disponível em: <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/#> Acesso em 05 jul. 2019

ROSA, Léo. Femicídio, monogamia, violência contra mulheres. Disponível em: <https://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/172692529/feminicidio-monogamia-violencia-contra-mulheres>. Acesso em: 16 jul. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4275**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371> Acesso em: de jul. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>. Acesso em: 16 de jul. 2019.

TASSE. Adel El. **Femicídio e as qualificadoras pelo motivo**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI295355,81042-Feminicidio+e+as+qualificadoras+pelo+motivo> Acesso em: 04 jul. 2019.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM CAMINHO PARA RESTAURAR A JUSTIÇA

José Antonio da SILVA<sup>1</sup>

## RESUMO

A atual complexidade das relações sociais tem criado novos e diversificados conflitos entre as pessoas, sendo necessária a atualização das normas e procedimentos dos órgãos da administração pública para que acompanhem essa dinâmica social. O vigente modelo de justiça criminal tem se mostrado inadequado para cumprir o seu papel de ser um dos instrumentos do poder público para assegurar a paz social mediante intervenção nos conflitos para buscar a sua solução. Nesse sentido, há que se buscar alternativas que possam entregar um resultado melhor à sociedade. Assim, na seara criminal, surgiu o modelo de “justiça restaurativa”, que já vem sendo aplicado em alguns locais com bons resultados. A principal ferramenta da justiça restaurativa é o entendimento, a composição entre as partes, com a obrigação da efetiva reparação do dano, acompanhada de outras medidas que se façam pertinentes, porém, sem a aplicação de penas ao infrator. O objetivo não é apenas a reparação do dano, mas, principalmente, a ressocialização do infrator, evitando que ele volte a delinquir. Os preceitos aplicáveis ao sistema de justiça restaurativa exigem que os procedimentos sejam realizados fora do sistema judiciário, preferencialmente dentro da própria comunidade, sendo este um dos maiores empecilhos à adoção integral da justiça restaurativa no Brasil, em virtude da obrigatoriedade da intervenção do poder judiciário nos conflitos penais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça restaurativa. Ressocialização. Reparação do dano. Sistema penal. Resolução consensual de conflitos.

## ABSTRACT

The current complexity of social relations has created new and diversified conflicts between people, and it is necessary to update the norms and procedures of public administration bodies to accompany this social dynamic. The current model of criminal justice has proved inadequate to fulfill its role as one of the instruments of public power to ensure social peace through intervention in conflicts to seek its solution. In this sense, it is necessary to look for alternatives that can deliver a better result to society. Thus, in the criminal sector, the model of "restorative justice" emerged, which has already been applied in some places with good results. The main tool of restorative justice is the understanding, the composition between the parties, with the obligation of the effective reparation of the damage, accompanied by other measures that are pertinent, however, without the application of penalties to the offender. The objective is not only to repair the damage, but, mainly, the re-socialization of the offender, avoiding that he re-offend. The precepts applicable to the restorative justice system require that procedures be carried out outside the judicial system, preferably within the community itself, and this is one of the major obstacles to the full adoption of restorative justice in Brazil, due to the obligation of intervention of the judiciary in criminal

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), (2016); graduação em Ciências Sociais pela UNIMES - Universidade Metropolitana de Santos (2016), graduação em História pela UNIMES - Universidade Metropolitana de Santos (2018); Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá-RJ (2018); Especialização em Direito do Estado pela Projuris/Unifio-SP (2019) e Especialização em Direito Constitucional e Administrativo pela UniDBOSCO-PR (2019). Atualmente é Policial Rodoviário Federal - Departamento de Polícia Rodoviária Federal; cursando Mestrado em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); É associado ao CONPEDI, e integra os Grupo de Pesquisa: "Intervenção do Estado na Vida das Pessoas" (INTERVEPES) e "Políticas Públicas e Direitos Sociais, ambos da Universidade Estadual do Norte do Paraná Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, e Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos Fundamentais, Criminologia, Sociologia, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal e Antropologia.

conflicts

**KEYWORDS:** Restorative justice, Resocialization, Damage repairing, Penal system. Consensual resolution of conflicts.

## INTRODUÇÃO

Partindo do princípio de que a função precípua do sistema judiciário é buscar a solução de conflitos e a pacificação social chega-se, sem muita dificuldade, ao entendimento de que a atuação da justiça deve se pautar na busca pela restauração da situação de fato precedente à ocorrência do conflito, seja ele na área civil, penal, trabalhista ou qualquer outra área das relações sociais e jurídicas. Segundo o mandamento constitucional, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Artigo 5º, XXXI), ou seja, o poder judiciário deve atuar no sentido de restaurar a situação anterior, minimizando ao máximo os problemas ocasionados pelo conflito social.

Em tempos de aumento expressivo da criminalidade e de verdadeira explosão do sistema penitenciário, nota-se temerária tendência, no imaginário popular, em se atribuir à justiça a quase exclusiva responsabilidade pelos conflitos originados no seio social. Trata-se, porém, de um equívoco. O combate às causas da criminalidade em si não integra o rol das funções precípua do poder judiciário; pois essa esfera do estado, com relação à questão penal, é responsável, *prima facie*, pela atuação no tocante aos efeitos da criminalidade, ou seja, por apresentar uma resposta social ao fato criminoso já perpetrado.

A despeito de, na prática, a situação atual exigir a intervenção do sistema judiciário para auxiliar na análise e prevenção da criminalidade, é notório que essa tarefa caberia a outras instituições, principalmente os setores educacionais e sociais vinculados diretamente ao poder executivo. Afinal, a coação estatal, por imperativo do princípio da inércia da jurisdição, só tem margem de atuação depois de verificado o fato criminoso, momento em que a efetiva reparação do dano social causado demanda muito mais do que a mera prolação de eventual sentença penal.

Nesse cenário, para fazer frente à necessidade de efetiva promoção da justiça – que compreende muito mais do que a mera penalização do infrator tal qual hoje conhecemos – necessária será a implementação de formas alternativas de solução dos conflitos sociais. A busca da reparação dos danos sofridos pelas vítimas ou por terceiros e a punição proporcional e adequada dos delinquentes, com a conseqüente obrigação de promover a reabilitação e ressocialização, tudo com ativa participação da comunidade (coletivamente vitimada pelo delito), devem ser o objetivo principal de uma “Justiça Cidadã”.

Assim, por meio de metodologia hipotético-dedutiva e pesquisa bibliográfica, esse trabalho busca traçar um perfil da atual situação da prestação jurisdicional no Brasil, considerando a necessidade de reparação do dano e da efetivação de um sistema de justiça restaurativa.

## **1 – A JUSTIÇA RESTAURATIVA**

A busca pelo reconhecimento dos direitos das vítimas do delito e a ressocialização dos infratores envolvem, necessariamente, a composição entre as partes. É com a busca pela composição entre ofensor e ofendido, e não com a mera imposição de sanção a este último, que se pode almejar uma efetiva reparação dos danos causados pelo delito. Ademais, apesar de ser incontestável que devam ser resguardados os direitos da vítima (principalmente quanto à reparação do dano), isso não exclui a ideia de que a promoção da composição é de ser considerada também um direito do próprio infrator, uma vez que este poderá se redimir de sua ação criminosa e, atendendo à essência mais profunda da organização de uma sociedade, promover a reparação do dano causado para, então, retornar à sua vida normal.

Renato Sócrates Gomes Pinto (2005 p. 20), preleciona que:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. [...] É importante ressaltar que com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm sido adotadas práticas restaurativas no Brasil, mas não com sua especificidade seus princípios, valores, procedimentos e resultados conforme definidos pela ONU.

A justiça restaurativa, tal como vem sendo pensada e instrumentalizada em alguns locais e normatizada pela ONU não poderia ser plenamente aplicada no Brasil. A obediência completa aos seus princípios fundamentais, a princípio, conflitaria com o atual arcabouço jurídico e principiológico pátrios. É que a efetivação do referido sistema, na integralidade de suas facetas reveladas mundo afora, afastaria, por exemplo, a intervenção obrigatória do poder judiciário em determinados conflitos criminais. Nesse sentido, Gomes Pinto (2005 p. 22):

O modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (réu e vítima), concordância essa que pode ser revogada unilateralmente, sendo que os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade. A aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original seja em um outro.

Embora sejam considerados como uma “novidade” no Brasil, os princípios básicos da justiça restaurativa foram estabelecidos pela Resolução 12/2002 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL, de 13 de agosto de 2002. Essa Resolução trouxe os seguintes conceitos básicos que

devem ser aplicados a todo sistema de implantação de justiça restaurativa:

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos
2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.
4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.
5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

A Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95, embora não tenha visado especificamente a implantação no Brasil do sistema completo de justiça restaurativa, trouxe diversos institutos despenalizadores que buscam a composição entre as partes e a reparação dos danos sofridos pela vítima. Pode, pois, ser, em apurada análise, considerada a melhor, mais concreta e mais efetiva iniciativa contida no ordenamento jurídico nacional para a solução de conflitos sem a imposição de penas privativas de liberdade, o que em muito se coaduna com as propostas restaurativas de pacificação social.

A criação da figura do Conciliador, nos Juizados Especiais Cíveis, remete à figura do “facilitador”, citado na Resolução 12/2002 da ONU; no entanto, no Brasil, ao contrário das determinações da Resolução vigente, todo o procedimento criminal corre *sub judice* ou ao menos mediante homologação jurisdicional.

De acordo com a Resolução 12/2002 da ONU os programas de justiça restaurativa devem se dar de acordo com as determinações de seu item II, que a seguir se transcreve:

- II. Utilização de Programas de Justiça Restaurativa
6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional
7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.
8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.
9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo.
10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução.
11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser

encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

No intuito de promover o atendimento dos preceitos estabelecidos na Resolução 12/2002 da ONU, o CNJ, Conselho Nacional de Justiça, editou a Resolução 225, de 31 de maio de 2016, a qual estabelece parâmetros e diretrizes sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa, visando o desenvolvimento desse modelo no Brasil. Essa Resolução do CNJ traz em seu artigo primeiro o seguinte conceito de justiça restaurativa:

Art. 1º - A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados da seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas auto-compositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

Observa-se que o modelo de justiça restaurativa proposto se opõe ao atual modelo adotado quase unanimemente, conhecido como modelo dissuasório. Esse modelo, embora venha sendo usado há tempos, não tem se mostrado adequado aos objetivos da intervenção do Estado como intermediador e solucionador dos conflitos em matéria penal, assim como, não tem alcançado a pacificação social e a redução da criminalidade. Renato Campos Pinto De Vitto considera que o modelo dissuasório (2005, p. 42, 43):

Mira tão somente a sociedade e põe em relevo a pretensão punitiva do Estado, caracterizando-se por buscar cobertura normativa completa e sem fissuras, com órgãos persecutórios bem aparelhados, e clara tendência intimidatória. [...]. Tal sistema ignora o caráter secundário do rigor nominal da mensagem meramente intimidatória descolada do conteúdo social e comunitário da prevenção. Pontua-se por fim que, neste modelo, o papel da vítima é meramente acessório diante da relação que se estabelece entre o Estado, detentor da pretensão punitiva, e o autor do fato criminoso. Assim, a satisfação da vítima e da comunidade, titulares do bem jurídico violado, passam ao largo de seu enfoque.

Nota-se que Renato De Vitto relaciona, necessariamente, o atendimento dos direitos da vítima à mudança de paradigmas atualmente impregnados no sistema processual penal e à necessidade de alteração e ampliação da atual visão – restrita – do conceito de pena no direito penal.

A efetiva implantação de um modelo de justiça restaurativa, que atenda tanto a vítima quanto o infrator e que permita um realinhamento do equilíbrio social, será, certamente, um

processo lento e gradativo. O sistema vigente deve ser repensado com boa dose de autocrítica, seriedade e profundidade. Defende-se que, apenas assim se pode buscar a inovação com vistas ao avanço social e evitando a legitimação de retrocessos.

Ao pensar criticamente o atual cenário penal e a possível implementação de um sistema restaurativo de justiça criminal, necessário ter em mente, de saída, que a qualidade de um argumento não é uma questão de gosto e que, para debater racionalmente o assunto, chegando a conclusões eficazes, deve-se, antes mesmo de estar disposto a estruturar uma tese, procurar conhecer o tema em discussão. É o que aqui se busca, já que, em última análise, o argumento é “uma coleção de afirmações, uma das quais se chama ‘conclusão’ e cuja verdade se procura estabelecer; as outras afirmações chamam-se ‘premissas’, e estas afirmações pretendem conduzir à conclusão (ou apoiá-la ou persuadir-nos da sua verdade)” (CARNIELLI e EPSTEIN, 2011, p.8).

Pensar criticamente a justiça restaurativa, portanto, implica analisar seus diversos aspectos, desde os mais palpáveis até os aparentemente ocultos. Isso se volta a evitar que, em nome dessa promissora remodelação, sejam tolerados ou implementados excessos que beneficiem desproporcionalmente a vítima ou que penalizem desnecessariamente o infrator. Imperioso ter em mente, inicialmente, que a justiça restaurativa deve ser modelada sempre com vistas a evitar violações aos direitos humanos historicamente reconhecidos e constitucionalmente garantidos, conforme lembra De Vitto 2005, p. 48):

A correta aplicação do modelo, deve provocar, em longo prazo, uma mudança de concepção em relação ao papel do Estado no fenômeno criminal com a definitiva inclusão da vítima e com o fortalecimento do papel da comunidade nesse processo. No entanto, em um contexto de proliferação da chamada “cultura do medo” e da amplificação, pelos meios de comunicação de massa, da doutrina da lei e da ordem, há que se cercar de todas as cautelas possíveis para que o empoderamento da comunidade na busca das soluções de seus próprios conflitos não se dê em detrimento de todo o processo histórico de proteção e afirmação dos direitos humanos.

O cuidado não é pouco, tendo em vista que nosso ordenamento, atualmente, ainda se ocupa da vingança privada. A antiga ânsia pela penalização do autor do delito – que busca (em vão, diga-se) apagar ou compensar o dano por ele causado – é ainda existente no atual ordenamento penal brasileiro, como elucidam as previsões do artigo 427 do Código de Processo Penal e do artigo 345 do Código Penal: a legislação material (exercício arbitrário das próprias razões) e também a processual (desaforamento do júri por risco à segurança pessoal do acusado) demonstram a permanência da vingança em nosso meio social. O questionamento, pois, acerca dos motivos de ser a pura e simples vindita ainda uma preocupação do século XXI pode representar, no contexto do presente estudo, combustível a mover os juristas e sociólogos na busca por novos modelos.

A procura por amparo às vítimas e o atendimento de suas necessidades, em consonância com os preceitos da vitimologia também é considerado como um fator relevante na justiça

restaurativa, ao lado da responsabilização do infrator, ao qual será atribuída a reparação do dano. Para que se fale em evolução, porém, é necessário bem distinguir que “reparar o dano” é algo deveras diferente de simplesmente “vingar a ofensa” que dele decorre – até porque a vingança, por si, não atende às necessidades da vítima do delito cometido, conforme ressalta Eduardo Rezende Melo (2005, p. 53):

As buscas por soluções alternativas ou complementares ao sistema tradicional de justiça, sobretudo ao retributivo, vêm encontrando nas práticas restaurativas um encaminhamento possível a conflitos definidos legalmente como infracionais. Sua ênfase volta-se, de um lado, à procura por amparo às vítimas e ao atendimento de suas necessidades, dando-lhe um papel ativo na condução das negociações em torno do conflito. De outro lado, busca não apenas a responsabilização do causador do dano, valendo-se de recursos outros à punição e à sua estigmatização, mas também, pelo encontro que se dá entre um envolvido e outro no conflito, dar ocasião para o confronto de todas as questões que, a ver de cada qual, o determinaram e para o encaminhamento de possibilidades de sua superação ou transfiguração.

A aplicação dos princípios da justiça restaurativa não é tão recente o quanto parece, na realidade, trata-se de uso instrumentos diversificados que foram sendo desenvolvidos aos poucos, com a passagem da experiência de um País para outro até formar um conjunto que culminou na Resolução 12/2002 da ONU. Há que se observar que em todas as modalidades em que os princípios da justiça restaurativa são aplicados e nos diferentes locais em que tal modelo é adotado parte-se da premissa de amparo e assistência às vítimas como pressuposto, e até mesmo razão de ser, da adoção do modelo restaurativo ressocializador. Jan Froestad e Clifford Shearing (2005, p. 81), salientam esse aspecto da busca de assistência às vítimas na aplicação da justiça restaurativa:

No Reino Unido, nos EUA e na maior parte da Europa, a justiça restaurativa foi associada a formas de mediação entre as vítimas e os infratores. O primeiro programa de reconciliação vítima-infrator foi estabelecido em 1974 em Kitchener, Ontario, pela comunidade Mennonite. O modelo enfatiza a mediação direta e focalizou a cura de ferimentos e a assistência às vítimas, ajudando os infratores a mudar suas vidas e restabelecer relações.

Jan Froestad e Clifford Shearing realizaram profundos estudos e pesquisaram sobre diversos modelos de justiça restaurativa implantados em diferentes locais do planeta, sendo que se debruçaram mais enfaticamente no continente africano, de onde trazem o exemplo da África do Sul (FROESTAD E SHEARING, 2005, p. 93):

O modelo Zwelethemba é centrado em um processo que veio a ser chamado de “Pacificação”, porque se preocupa com o estabelecimento da paz face ao conflito interpessoal. Esta ideia de paz ressoou (e continua a ressoar) com uma sensibilidade transitiva generalizada que havia se desenvolvido ao redor do processo de paz sul africano. Dentro do modelo, a Pacificação refere-se ao objetivo de reduzir a probabilidade de que o conflito específico continue. A pacificação acontece nas Reuniões de Pacificação, para as quais são convidadas as pessoas que, acredita-se, tenham o conhecimento e a capacidade de contribuir para uma solução que reduza a probabilidade de que o conflito continue.

De acordo com André Gomma de Azevedo, a justiça restaurativa é um “movimento por intermédio do qual busca-se estimular a utilização de processos nos quais a vítima, ofensor e outros

indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime, participem ativa e conjuntamente na resolução de questões originárias do crime”. (AZEVEDO, 2005, p. 140). Azevedo, como os demais pesquisadores que se dedicaram ao estudo da justiça restaurativa, também observa que a participação da vítima é fundamental em todos os processos de viabilização do modelo restaurativo ressocializador.

Alisson Morris analisou todas as características dos modelos de justiça restaurativa já implantados e seus pontos positivos e negativos. Em seu estudo, ele se contrapõe às críticas mais comuns dirigidas à prática da justiça restaurativa, rebatendo-as. Salienta, porém, que, devido à grande diversidade de forma de aplicação, a justiça restaurativa acaba por ser “injustificada”, uma vez que outros tipos de procedimentos que não se coadunam com o modelo restaurativo acabam por serem confundidos com este, recebendo críticas que não lhe cabem. Segundo Morris (2005, p. 456):

Embora a justiça restaurativa tenha uma longa história, seu formato moderno é relativamente recente e é necessário mais tempo para que seus valores essenciais sejam traduzidos em boas práticas contemporâneas. A Nova Zelândia é o único país que possui uma legislação nacional e obrigatória implementando um sistema de justiça restaurativa e, mesmo lá, a implementação desses valores não é livre de problemas. [...] Na maioria dos outros ordenamentos jurídicos, a justiça restaurativa teve um papel mais secundário até aqui; no entanto, os mesmos problemas surgiram. Daly (2001), por exemplo, recentemente sublinhou as lacunas entre a teoria e a prática nas reuniões feitas no estado da Austrália do Sul. Além disso, existem muitos projetos que se proclamam exemplos de justiça restaurativa, mas que, na verdade, não refletem seus valores fundamentais. O rótulo “justiça restaurativa” deve ser utilizado com muito cuidado; do contrário, práticas afastadas do que ela realmente significa continuarão a prover munição a seus críticos.

Analisando os conceitos e princípios da justiça restaurativa nota-se facilmente a sua íntima relação com a vitimologia, e principalmente, com a reparação do dano. Ainda que a pura e simples reparação do dano não represente a implantação da justiça restaurativa em todo o seu conteúdo, uma vez que exigiria a reformulação de todo o sistema penal estatal no Brasil, pode-se considerar que já seria um grande passo nesse sentido, pois com a efetiva reparação dos danos haveria não só o atendimento das necessidades da vítima, como também a possibilidade de retratação e ressocialização do infrator, trazendo benefícios a todos e efetivando a pacificação social, com a grande vantagem de não provocar uma sobrecarga ainda maior no já combalido sistema penitenciário.

## **2 – A CULTURA DA PENA CRUEL COMO REPARAÇÃO DO DANO**

A imposição de penas sempre foi a principal característica do direito penal e da justiça criminal propriamente dita. Tanto que se tornou algo praticamente automático: se houve um delito, tem que haver uma pena. Hodiernamente a pena se traduz, na maioria dos Países, em restrição de liberdade. Em tempos antigos as penas eram mais cruéis, sendo comum penas de castigos corporais,

mutilação de membros, penas de morte e de trabalhos forçados e outros tipos, inventados de acordo com a criatividade dos “príncipes”. Ainda hoje, em alguns locais, penas destes tipos são aplicadas.

No decorrer da história da humanidade os legisladores, os juízes e os administradores públicos sempre buscaram evitar e combater as ofensas mais graves cometidas por uma pessoa contra a outra através da punição do agressor, impondo-lhe uma pena. A história das penas é muito cruel. Já houve penas de todos os tipos que se possa imaginar, com os mais perversos requintes de crueldade e tortura aplicados contra o condenado. Um exemplo desse tipo de “pena” é apresentado por Foucault no livro *Vigiar e Punir* (1999, p. 8):

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes e que será atezado se aplicação chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d’Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas...

No entanto, com o desenvolvimento da sociedade, e principalmente com o crescimento dos princípios relacionados aos direitos humanos, as penas foram sendo atenuadas, e a própria pena de restrição de liberdade foi sendo mitigada, com a criação de penas alternativas, conforme observou, em obra de 1978, o jurista Aníbal Bruno (1978, p. 27):

O meio de ação específico do Direito Penal, predominante sempre nos Códigos, é a pena, em que a doutrina tradicional viu a satisfação de uma exigência de justiça, impondo ao agente do fato punível um mal em correspondência com o mal por ele praticado – *malum passionis ob malum actionis*. Mas, na evolução do Direito, a pena vem atenuando cada vez mais, sobretudo no momento da sua execução, esse caráter de retribuição e de castigo, e agora perde seu posto de sanção única do fato punível.

Na obra “*Dos Delitos e das Penas*” publicada em 1764, Cesare Beccaria, já alertava para a necessidade de haver proporcionalidade e humanização nas penas: “O fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido” (BECARIA, 2011, p.59). Essa visão restrita da função da pena como sendo apenas um instrumento punitivo do Estado frente ao praticante do delito é a principal característica do modelo dissuasório, sendo ainda, um fator de afastamento da vítima como parte do processo penal e um empecilho para a busca da efetiva reparação dos danos sofridos pela vítima. De Vitto (2005, p. 43), apresenta como alternativa ao modelo dissuasório o modelo ressocializador:

Por outro lado, o modelo ressocializador foca sua atenção na função reabilitadora da pena em relação à pessoa do infrator, agregando à resposta estatal um valor-utilidade para o

próprio infrator, que passa a ser considerado parte essencial e integrante de qualquer reação ao delito. Pugna pela redução dos efeitos nocivos da pena em relação ao infrator por meio de uma intervenção que se pretende positiva e benéfica nos detentos e apresenta diversas nuances, seja do ponto de vista de sua construção teórica, seja do ponto de vista de sua aplicação prática.

Um dos principais fundamentos da justiça restaurativa é a despenalização, ou seja, a inexistência de pena a ser aplicada ao infrator que aceita participar do processo. Porém, a depender de cada caso concreto, poderá haver, além da composição e da reparação do dano, a imposição de algum tipo de sanção alternativa.

No entanto, apesar dos avanços das diretrizes de direitos humanos sobre o sistema punitivo-penal, ainda se observa uma certa resistência quanto à solução de conflitos em matéria penal sem que haja uma imposição de pena ao infrator. Nesse sentido, por uma questão cultural, a restrição do direito de ir e vir por meio do cárcere representa, em nosso país, a pena por excelência.

Qualquer alternativa sancionatória que se ouse empregar representa afronta à opinião pública e ao senso comum. O pânico de que se instale uma tal “impunidade” – palavra preenchida com excesso de medo, mas tão carente de significado – legítima ideais grotescos de uma violência institucionalizada inaceitável para os padrões sociais, culturais e científicos presentes na atual fase de desenvolvimento da sociedade.

Ocorre que a pena em si, além de não solucionar o conflito, não reparar o dano e não garantir que o infrator não voltará a praticar delitos, pode funcionar como infeliz instrumento de deterioração social, causando problemas familiares, econômicos e, ironicamente, criminais, ao contrário do que seria o objetivo da justiça criminal.

A omissão do estado e da sociedade no momento da aplicação das sanções penais contribui para a criação de verdadeiras realidades paralelas em que passam a ser inseridos os transgressores, depois de submetidos ao sistema penal meramente dissuasório. O desejo de quem não conhece, por exemplo, a realidade carcerária, acaba redundando em um ideal simplesmente segregacionista: não se espera que, de um corpo social cuja maioria se inclina a concordar com o slogan “bandido bom é bandido morto” (PAGNAN, 2015, online), advenha qualquer preocupação com as condições prisionais e penais; portadores dessa postura contentam-se com a simples varrição da “sujeira” para “debaixo do tapete”, com toda a maldade implícita na metáfora. Tal situação representa verdadeiro impeditivo ao avanço e à pacificação social. Assim, há que se considerar a pena apenas como uma das respostas possíveis ao delito, e não somente como a única resposta possível.

Segundo entendimento de Marcelo Nalesso Salmaso (2016, p. 35):

A ideia de pena, enquanto imposição de sofrimento, como consequência jurídica de uma conduta de transgressão, conforme visto, é uma criação humana que, enquanto tal, pode e deve ser questionada e revista, a fim de possibilitar a busca de novas respostas ao delito, efetivamente hábeis a conter a escalada de violência que hoje vemos.

Nota-se que no Código Penal pátrio as referências ao direito à reparação do dano são exíguas, priorizando sempre a imposição de penas como forma de resolução dos conflitos, conforme anota Vladimir Brega Filho (2003, p. 98):

De qualquer forma, percebemos pela análise do Código Penal de 1940 que a referência à reparação do dano é mínima e o que ocorreu durante muito tempo foi o esquecimento da vítima pelo Direito Penal, preocupando-se exclusivamente com a imposição da pena. [...] esse “esquecimento” da vítima perdurou por muito tempo no direito brasileiro e somente em data recente a situação vem se revertendo. Algumas leis editadas nos últimos dez anos procuraram introduzir instrumentos e penas para garantir a reparação do dano.

Como referido, o maior avanço na efetivação do direito à reparação do dano e na questão da despenalização se deu com a Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a qual privilegiou a reparação do dano e trouxe inovações como a composição dos danos e a suspensão condicional do processo. Nesse sentido, Eugênio Pacelli (2014, p. 751):

A nosso aviso, a lei 9.099/95 inaugurou um novo modelo processual no Brasil, que até então sempre convivera com o antigo sistema penal condenatório. A partir dela, e como alternativa ao modelo condenatório de processo, cuja característica é a imposição de penas, existe outra solução para determinadas infrações penais. Podemos, então, falar em um modelo consensual de Justiça e de processo penal, por meio do qual a escolha da sanção estatal poderá contar com a participação do acusado, desde que com a intervenção, indispensável, de um advogado, constituído ou designado pelo Estado.

O procedimento nos Juizados Especiais Criminais, em certa medida, privilegia a vítima, ampliando as possibilidades de se obter a reparação dos danos sofridos e ainda atende aos direitos do infrator, aumentando consideravelmente as chances de sua recuperação e ressocialização, atendendo os princípios da justiça restaurativa.

### **3 – SISTEMA PENAL, RESSOCIALIZAÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA**

De acordo com o atual sistema judiciário brasileiro todas as ações penais devem ser apreciadas pelo poder judiciário, ainda que se veja uma mitigação desse sistema nos procedimentos utilizados pelos Juizados Especiais Criminais, como a transação e a composição entre as partes. Verifica-se uma primazia da jurisdição em matéria penal que, na prática, não é sinônimo de observância das garantias do acusado ou da proporcional aplicação da pena prevista em abstrato. O Estado tomou para si a tarefa de resolução do conflito, afastando os interessados diretos. “A anterior posição da vítima, como protagonista do conflito em uma ‘guerra judiciária’ com o agente, passou a ser desconsiderada, despersonalizada, pouco a pouco, a partir da estruturação do Estado e do seu monopólio sob a jurisdição” (BARROS, 2008, p.11).

No entanto, ainda que se reconheça que a intervenção do Estado seja necessária na maioria dos casos, a própria sociedade deve amadurecer e buscar novas formas de entendimento e de soluções de conflitos. Accácio Cambi (2016, p. 642), anota alguns pontos nesse sentido:

A realidade brasileira demonstra que, por falta de orientação adequada, a população em geral prefere acionar o Judiciário para solucionar os seus litígios. Por isso, poucos utilizam a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, contrariamente, como acontece nos países mais desenvolvidos, Isso é inadmissível num país, onde a Justiça não consegue dar andamento célere aos seus processos, devido ao grande número de ações ajuizadas, exigindo um trabalho diuturno dos magistrados em ambas as instâncias.

A intervenção do Estado nos conflitos pessoais, embora seja uma necessidade da organização social e da manutenção da paz na sociedade, não pode se tornar uma regra, sob o risco de domínio do Estado sobre as relações pessoais. O equilíbrio dessa relação entre Estado e Cidadão começa nas definições das normas que se aplicarão às relações sociais, principalmente quanto às normas penais, passando pela atuação administrativa do Estado e pela participação da sociedade, na qualidade de maior interessada no desenvolvimento social.

Renan Cauê Miranda Pugliesi (2018, p. 235) salienta que:

O modelo de justiça tradicional apresenta muitos defeitos e omissões que não podem mais ser aceitos num Estado Democrático e Social de Direito – como se autodeclara o Brasil através da Constituição Federal. Ainda que o modelo criminal brasileiro, em tese, também almeje a ressocialização dos presos, isso não acontece de fato, sendo o fim ressocializador algo completamente ignorado não só pelos operadores do Direito e aqueles diretamente envolvidos com o sistema prisional, como também pela própria sociedade. O cenário atual apresenta superlotação prisional, exclusão, marginalização e estigmatização, relegando o infrator à invisibilidade social.

A questão quanto aos conceitos e critérios utilizados nas políticas criminais para a escolha dos bens jurídicos que serão merecedores da tutela penal nos remete à polêmica sobre a relação entre direito e justiça. As Leis são justas? Pode-se dizer que há certo consenso quanto à existência de uma divisão entre direito e justiça. “Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas”. (SANDEL, 2016, p 323). A diferença entre direito e justiça foi magistralmente registrada por Eduardo Couture: “Teu dever é lutar pelo direito, porém quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”. (COUTURE, 1987, p. 39). Norberto Bobbio (2010, p. 38), correlaciona norma e justiça com mundo real e mundo ideal:

O problema de saber se uma norma é ou não justa é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquilo que deve ser. Colocar-se o problema da justiça ou não de uma norma equivale a se colocar o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal.

Nos procedimentos da justiça restaurativa não há previsão da intervenção do poder judiciário. Neles, porém, vige o que se pode identificar como uma espécie de “primazia da realidade”: as propostas de solução voltam-se sempre à pacificação da situação de conflito em observância estrita às possibilidades econômicas, culturais e sociais não só da vítima e do ofensor, mas também da comunidade em que estejam eles inseridos.

Para adaptar tal proposta à realidade do sistema jurídico brasileiro, pode-se cogitar a possibilidade de que os acordos restaurativos – usualmente realizados fora do sistema judiciário –

sejam acompanhados, desde o seu início até a etapa de fiscalização do cumprimento dos acordos, tanto pelo Ministério Público como pelo judiciário, desde que se preservem os caracteres essenciais do sistema alternativo em questão.

Segundo Marcelo Gonçalves Saliba (2007, p. 130):

A justiça restaurativa é uma das opções ao sistema penal tradicional, que não o elimina, mas que mitiga seu efeito punitivo e marginalizador, em consonância com a dignidade da pessoa humana e os Direitos Humanos. A modernidade afastou qualquer consenso ou participação da comunidade nas decisões da justiça penal, com raras e limitadas exceções, sob o argumento da cientificidade dos julgamentos penais. Houve dentro desse projeto, a negação de todas as demais formas de justiça, aceitando-se só aquela ditada, monoliticamente, pelo Estado. A participação ativa da vítima, do desviante ou da comunidade, a determinar os rumos do sistema, ficou restrita a raros ilícitos penais, mas na maioria, mesmo quando o delito ofende bens disponíveis, de interesse inteiramente particular, a vontade estatal é soberana.

Há que se salientar que, embora o sistema de justiça restaurativa implique afastamento da jurisdição em si e maior participação ativa dos envolvidos no conflito penal, não implica em busca da resolução do conflito, diretamente, pela vítima ou por outros interessados, devendo todo o processo se basear em instituições e pessoas devidamente reconhecidas pelo poder público e ter as suas decisões homologadas pelo poder judiciário. Assim, jamais se aceitará a aplicação da autotutela ou da vingança privada. “Autotutela é a submissão do interesse de outrem ao interesse próprio. Essa submissão pode se dar pela força ou pela astúcia da parte beneficiada. Trata-se de mecanismo de resolução das sociedades primitivas”. (BANNWART et al, 2015. p. 135).

A busca pela restauração da paz social é o principal objetivo do sistema de justiça restaurativa, no entanto, a conquista dessa paz social passa também pela atuação de todo o sistema de segurança pública, o que inclui os órgãos do poder judiciário e do sistema penitenciário. Nota-se que o sistema de segurança pública no Brasil está desatualizado, dissonante da atual realidade social, necessitando de uma completa reestruturação para atender às atuais demandas sociais, conforme salienta Valter Foleto Santin (2013, p. 92):

A imposição da eficiência gera a necessidade de uma verdadeira revolução na área de segurança pública, com a alteração do modelo atual, arcaico e falido, começando pela estrutura organizacional, o modo de funcionamento, as táticas e estratégias de atuação até o próprio pensamento reinante, com vistas ao bom atendimento público e o alcance de resultados satisfatórios na prestação do serviço final.

A efetiva ressocialização do infrator, e a conseqüente - e tão almejada - redução da criminalidade, só serão alcançados quando a sociedade modificar sua forma de visão quanto ao crime, ao criminoso e à punição que deve lhe ser aplicada, voltando os olhos para princípios e direitos fundamentais que, enquanto não forem efetivamente respeitados, farão com que a simples imposição de penas de restrição de liberdade funcione como um fator de aumento da criminalidade e de desintegração social, conforme anota Marcelo Saliba (2007, p. 130):

O respeito ao ser humano e sua capacidade de autodeterminação, individual e coletiva, estão alicerçadas na dignidade da pessoa humana, e a justiça restaurativa, com base em suas características e princípios básicos, está em consonância com o princípio fundamental. O sistema penal não é apto a solucionar problemas e conflitos diversos, ainda mais quando se direciona a tutela do Direito penal para proteção de Direitos humanos fundamentais, já que a resposta punitiva, como único meio apresentado, encontra-se deslegitimada. Os princípios e as características da justiça restaurativa podem ser resumidos como um ideal de justiça social, com efetiva participação das partes, autonomia de vontades, respeito ao ser humano e seus valores fundamentais, proteção aos Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana.

A justiça restaurativa não é um fim em si mesma, mas apenas um dos diversos caminhos que podem ser trilhados para alcançar um sistema judiciário mais humano e mais eficaz. Além disso, o conceito de justiça restaurativa envolve diversos tipos de metodologias e procedimentos, os quais formam um conjunto de técnicas e métodos para auxiliar as pessoas em seus conflitos pessoais e sociais. Assim, a justiça restaurativa pode se dar em forma de conciliação, transação, reparação do dano, acordos, prestação voluntária de serviços e muitas outras maneiras, desde que afastem a rigidez do processo penal tradicional e que tragam resultados melhores que ele.

Nesses caminhos da justiça restaurativa, novas alternativas são sempre bem-vindas. Recentemente, tem aumentado o uso de uma técnica conhecida como Constelações Sistêmicas como forma de resolução consensual de conflitos em diversas Comarcas do Brasil. Embora seja uma técnica terapêutica, as constelações familiares se aplicam a diversas áreas do conhecimento humano. O pensamento sistêmico vai muito além de técnicas e procedimentos, pois envolve, realmente, todo um sistema de relações humanas, podendo ser utilizado em todos os campos. De acordo com Fritjof Capra e Pier Luigi Luisi (2014, p. 96):

Na abordagem sistêmica, as propriedades das partes só podem ser compreendidas a partir da organização do todo. Em conformidade com isso, o pensamento sistêmico não se concentra em blocos de construção básicos, mas, em vez disso, em princípios de organização básicos. O pensamento sistêmico é “contextual”, que significa o oposto do pensamento analítico. Análise significa separar as partes e considerar isoladamente uma delas para entendê-la; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de uma totalidade maior.

As Constelações Familiares entraram na seara do Direito por intermédio de Sami Storch, Juiz de Direito da Bahia, que, durante seus anos de advocacia, fazia uso da técnica em sua vida pessoal. Anos mais tarde, ao ingressar na Magistratura, Sami percebeu que poderia usar tal técnica nos conflitos de sua Comarca. Iniciou, assim, um projeto e, por algum tempo estudou-o. Sami percebeu que, além de ser uma excelente terapia nas questões pessoais, o conhecimento do método apresentava um grande potencial para utilização na área jurídica. Nesse compasso, Sami aplicou a técnica ao Judiciário, sendo que os resultados foram surpreendentes, conforme ressalta Regina Bandeira (2016, não p.):

Na época, em 2012, a técnica foi aplicada aos cidadãos do município de Castro Alves, a 191 quilômetros de Salvador. Das 90 audiências nas quais pelo menos uma das partes

participou da vivência de constelações, o índice de conciliação foi de 91%. Nos processos em que ambas as partes participaram da vivência de constelações, o resultado foi 100% positivo.

O uso das constelações sistêmicas tem alcançado muito sucesso na resolução de conflitos em processos civis, no entanto, apesar das restrições inerentes à seara penal, que impedem a renúncia e exigem sempre a intervenção do Estado, a técnica já começa a ser utilizada também nessa área. No tocante à utilização das Constelações Sistêmicas na seara penal cabem as considerações trazidas por Sami Storch (2018, não p.):

Em alguns tribunais, no Ministério Público e na Defensoria Pública, vêm sendo realizadas experiências na área criminal, com o objetivo de facilitar a pacificação dos conflitos e a melhoria dos relacionamentos, incluindo réu, vítima e respectivas famílias. As constelações têm servido de prática auxiliar no trabalho com a Justiça restaurativa, ajudando a preparar as partes e a comunidade envolvidas para que possam dar um encaminhamento adequado à questão.

Por outro lado, os obstáculos impostos pelas características do processo penal são apontados por Oldoni, Lippman e Girardi (2018, p. 131, 132):

O modelo adotado pelo Brasil não permite que se faça acordos no curso do processo crime, não havendo, portanto, a possibilidade de se aplicar as constelações familiares como técnica substitutiva da pena. Todavia, sabe-se que alguns magistrados têm utilizado a participação do acusado na constelação familiar como atenuante genérica, prevista no artigo 66 do Código Penal, justamente por perceber uma significativa mudança na relação dos envolvidos. Esses casos são, de regra, registrados nos crimes de violência doméstica, mas nada impede possam ser estendidos para outras infrações penais.

Embora a adoção do sistema de justiça restaurativa se mostre adequado e razoável como instrumento de ressocialização, e ainda, de redução do grande e excessivo número de processos em tramitação no poder judiciário e de diminuição do verdadeiro caos em que se encontra o sistema penitenciário, há que salientar que se trata apenas de um meio auxiliar, que deve se integrar aos demais sistemas de justiça penal, de segurança pública, de assistência social e outros.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do presente estudo é possível concluir que, em se tratando de ofensa à norma penal, a reparação do dano abrange facetas muito mais amplas do que a mera penalização retributiva do ofensor cumulada com eventual restituição do prejuízo econômico decorrente do delito. Esta, aliás, nem sempre é de se considerar recomendável ou adequada como resposta à violação perpetrada pelo crime. A efetiva composição do litígio penal demanda restauração psíquica e social não só do agente criminoso e da vítima do delito, mas também da comunidade violada em sua paz social.

Boa parte dos referidos aspectos, no tocante ao resultado da aplicação da lei ou no caminho para que a ela se chegue, acabam diminuídos quando a única ferramenta disponível para

intervenção penal é a jurisdição comum. Esta, não apenas por sua essência inerte (e, por conseguinte, “pós-fato”), mas também por ser solicitada em demasia pelas mais diversas situações conflituosas ocorridas nas mais diversas áreas (cível, família, administrativa, tributária, etc.) do convívio social, acaba inapta no tocante à solução e à prevenção do delito. Esse um dos motivos de se defender, aqui, a alternativa restaurativa.

Ademais, quando se analisam os aspectos positivos e abrangentes da sistemática extrajudicial restaurativa, nota-se que, por meio da aplicação dos preceitos dela, confere-se especial atenção às vítimas do delito, o que em muito contribui para que se possa considerar efetivamente reparada a lesão social decorrente do crime. O adequado atendimento à vítima, não apenas no sentido material, mas também no tocante às suas faculdades psíquicas e de convívio social, representa inafastável etapa da restauração do dano coletivo em matéria penal. Isso tudo associado à oportunidade oferecida ao delinquente de uma redenção justa e proporcional, fora do estigmatizante penalismo judiciário, além de representar efetivo atendimento aos ideais constitucionais de justiça, bonifica a sociedade com a possibilidade de desafogar um sistema penitenciário superlotado e ineficaz.

A justiça restaurativa, nesse viés, se apresenta como uma alternativa que abrange, de uma só vez, diversas problemáticas não solucionadas pelo sistema penal brasileiro tradicional. Sua aplicação, ainda que parcial ou adaptada às exigências impostergáveis do ordenamento constitucional vigente, pode representar possibilidade eficaz de mudança de paradigmas nacionais, não só referentes à criminalidade, mas também no tocante à cultura de cooperação social e desjudicialização de conflitos em geral. Em síntese, as iniciativas de justiça restaurativa ensinam à população que a jurisdição não é o único caminho para que se atinja a justiça.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. **O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal.** in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (org) *Justiça Restaurativa - Coletânea de Artigos*, Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005, (p. 135 - 162).

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José et al. **Sociologia Jurídica:** de acordo com a Resolução 75/2009 do CNJ. BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José e CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (Org.), Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 2. ed. São Paulo: Edipro, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução por Denise Agostinetti, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1.940. Poder Executivo, 1940.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1.941. Poder Executivo, 1941.

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

\_\_\_\_\_. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Poder Executivo, 1995.

\_\_\_\_\_. **Resolução 225/2016, de 31 de maio de 2016** – Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. **A reparação do dano no direito penal brasileiro: perspectivas**. In: Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. N. 3, p.93-105. UENP: Jacarezinho, 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**, Tomo I: introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAMBI, Accácio. **Inovações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil na aplicação do instituto da conciliação**. In: Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia. Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (Orgs). Curitiba: Ministério Público, 2016.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômica**. Trad. Mayra Teruya Eichenberg, Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. Tradução por Ovídio A. Batista da Sila e Carlos Otávio Athayde. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**. in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (org) Justiça Restaurativa - Coletânea de Artigos, Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005, (p. 41 - 52).

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução por Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FROESTAD, Jan, SHEARING, Clifford. **Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos**. in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (org) Justiça Restaurativa - Coletânea de Artigos, Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005, (p. 79 - 124).

MELO, Eduardo Rezende, **Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à**

**justiça retributiva.** in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (org) Justiça Restaurativa - Coletânea de Artigos, Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005, (p. 53 - 78).

MORRIS, Alisson. **Criticando os Críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa.** in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (org) Justiça Restaurativa - Coletânea de Artigos, Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005, (p. 439 - 472).

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN Marcia Sarubbi; GIRARDI Gugelman Maria Fernanda. **Direito Sistêmico – Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal.** 2. Ed. rev. e ampl. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

ONU, Organização da Nações Unidas. Resolução 2002/12 da ONU - **Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.** Disponível em: [http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.V\\_BdWPkrLcs](http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.V_BdWPkrLcs). Acesso em: 03 jul 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAGNAN, Rogério. **Metade do país acha que ‘bandido bom é bandido morto’, aponta pesquisa.** Folha de São Paulo, 05.10.2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690176-metade-do-pais-acha-que-bandido-bom-e-bandido-morto-aponta-pesquisa.shtml>. Acesso em 11 jul 2019.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?** in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (org) Justiça Restaurativa - Coletânea de Artigos, Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005, (p. 19 - 40).

PUGLIESI, Renan Cauê Miranda. **Justiça juvenil restaurativa no Brasil: uma alternativa possível.** In: Violência e Criminologia / Adriano Aranão, Décio Franco David & Roberto da Freiria Estevão, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2017. (Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa como perspectiva de superação do paradigma punitivo.** Dissertação de Mestrado. UENP: Jacarezinho, 2007.

SALMASO, Marcelo Nalesso. **Uma Mudança de Paradigma e o Ideal Voltado à Construção de uma Cultura de Paz.** in: Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa.** Tradução por Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública - Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos.** Conjur, jun 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch->

direito-sistêmico-e-uma-luz-solução-conflitos. Acesso em 03 jul 2019.

# LEI MARIA DA PENHA: APLICAÇÃO ISONÔMICA AOS GÊNEROS

Renata Gomes Acosta Morato CRENITTE

## RESUMO

O presente artigo objetiva a realização de arguição do tema "Isonomia aos gêneros com aplicação da Lei Maria da Penha", fazendo-se uma análise contundente da Lei nº 11.340/06 e seus aspectos sob a égide da Constituição Federal, trazendo-se à colação julgados dos Tribunais de Justiça nesse sentido. É notório que a mulher desde os primórdios é considerada, perante as sociedades antigas e contemporâneas, hipossuficiente nas relações que a envolvem no mundo. Através de pesquisas constata-se que atualmente os homens também estão sendo vítimas de abusos em seus lares, situação agravada pela proteção, não só excessiva, mas também inflexível ditada pela Lei "Maria da Penha". Não se pode olvidar que, ao longo da história as mulheres lutaram, e de maneira incisiva, e mais contemporaneamente de maneira mais eficaz, para conquistar direitos de igualdade com os homens. Essa conquista, pelo menos do campo de vista formal, veio através da atual Constituição Federal, promulgada em 1988, que incluiu expressamente a igualdade entre homens e mulheres perante a lei. Em atendimento ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como também ao princípio da Igualdade, entendemos ser necessário um equilíbrio na aplicação da mencionada Lei de proteção à mulher contra a violência doméstica e familiar. Tal equilíbrio deve ser adequado a cada caso concreto, de modo que não somente a mulher possa figurar como vítima, mas sim todas as pessoas que sofram as violências domésticas e familiares, inclusive o homem, que em determinadas ocasiões pode ser hipossuficiente. Sugerimos que, por ser a família a base da sociedade e por ela gozar de proteção estatal constitucionalmente amparada, se promovam, com urgência, modificações na lei própria, para que todo e qualquer membro do núcleo familiar seja protegido e tutelado em razão de violência doméstica, como fonte de justiça e efetividade de sua aplicação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência doméstica. Homem. Igualdade.

## ABSTRACT

The present article seeks the realization of the argument of the theme "The isonomy of the genders within the application of the Maria da Penha law", using a poignant analyses of the law nº 11.340/06 and its aspects under the aegis of the Federal Constitution, bringing up trials that occurred in the Courts of Justice in this sense. It's notorious that since the beginning of time women have been considered by ancient and contemporary societies as a hyposufficient party in all relations that concern them in the world. Through researches it has been observed that currently men have also been victims of abuse in their homes, a situation that has been aggravated by the protection, not only excessive but also inflexible, dictated by the Law "Maria da Penha". It cannot be forgotten that, over time women have fought in an incisive manner and, more contemporarily, in a more efficient manner, to conquer equal rights with men. This conquest, at least under the formal point of view, came through the current Federal Constitution, enacted in 1988, which includes expressively the equality between men and women under the law. By honoring the principle of the Dignity of the Human Person, as well as the principle of Equality, we understand that a balance is needed in the application of the mentioned Law of protection of women against domestic and familiar violence. Such balance must be adequate to each concrete case, in a way that not only women can be featured as victim, but all people that suffer domestic and familiar violence, including men, who in certain occasions can be considered hyposufficient. Since family is the base of society and benefit from the constitutional State protection, we suggest that it be promoted with urgency, modifications in the specific law, so that any and all members of the familiar unity be protected and safeguarded in reason of domestic violence, as a source of justice and effectivity of its

application.

**KEYWORDS:** Domestic Violence, Men, Equality.

## **INTRODUÇÃO**

Uma das maiores discussões atualmente, diz respeito à violência doméstica contra a mulher. Diariamente temos nos meios de comunicação a notícia de violência contra as mulheres em virtude da sua condição de ser mulher. As mesmas reportagens esquecem que vários homens também podem estar como sujeitos passivos de ações agressivas e de violência quer física ou moral.

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, tem como objetivo criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. É um marco na história do Direito, pois através dela, cria-se um mecanismo jurídico especializado para o tratamento da violência doméstica. A referida lei traz o nome de Maria da Penha, pois esta foi vítima de violência doméstica praticada por seu marido, o qual tentou assassiná-la por duas vezes, porém sem sucesso.

O objetivo principal deste artigo é aventar a possibilidade da aplicação da sobredita lei a todas as pessoas vítimas de violência doméstica que pertencem ao núcleo familiar, ampliando assim sua aplicação, deixando de ser restrita somente à mulher, como também mostrar que a aludida Lei necessita de alterações.

Adentrando no estudo da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), demonstramos seu objetivo, o qual foi criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; o objeto jurídico tutelado pela lei, qual seja a mulher; como também os tipos de violência, física, sexual, psicológica, moral e patrimonial sofrida pela mulher.

O objeto do artigo, qual seja a violência contra os gêneros (homem e mulher), é demonstrar que não são somente as mulheres que sofrem agressão dentro de seus lares, agressão esta praticada por seus cônjuges e companheiros(as), mas também os homens são vítimas de violência doméstica cometida por suas(seus) companheiras(os).

Neste ponto, aprofundamos nosso estudo através dos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, como fonte de interpretação das normas. Demonstramos que o objeto a ser tutelado é a vida humana e não um determinado gênero. E que, aplicando os princípios ao caso concreto não podemos ser omissos em aceitar a sujeição passiva somente da mulher. Juntamente com os princípios, analisamos julgados de tribunais, para mostrar que já há entendimento em sentido contrário à Lei Maria da Penha, de forma a incluir o homem como vítima de agressão no âmbito familiar.

Assim, entendemos que TODO ser humano que faz parte do núcleo familiar poderá figurar no polo passivo em uma relação de agressividade doméstica em seu lar, por ser vulnerável à situação brutal de agressividade, e para tanto, indicamos a alteração da Lei 11.340/06.

## **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA**

A Constituição vigente trouxe várias inovações em seu texto. Foi ela denominada de “Constituição Cidadã”, por ter sido promulgada logo depois de termos saído de um regime militar, de pretensa ditadura, em que as torturas denunciadas foram trocadas pelas garantias constitucionais do indivíduo.

Com a promulgação da Constituição um dispositivo determina a intenção de se acabar com a discriminação feminina, privilegiando a igualdade entre homens e mulheres. Tal dispositivo está inserto no art. 5º, I, da Carta vigente, revolucionando a inserção das mulheres na sociedade. A Norma Constitucional de 1988 foi a primeira a trazer plena igualdade jurídica entre homens e mulheres no Brasil. Hoje, a mulher está em “pé de igualdade” com o homem. Não há mais, expressamente, o pátrio poder. Cabe ao homem e à mulher as decisões, conjuntamente, em relação à família e aos filhos, e, em todos os aspectos, principalmente no divórcio, situação na qual antigamente, de forma legal, era a vontade do homem a que prevalecia. O § 5º do art. 226 da Constituição preceitua que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (grifo nosso) (SANTOS, 2009).

Os constitucionalistas já iniciam a Carta Maior expressando como um dos objetivos fundamentais do Brasil, a não discriminação da raça, sexo, cor e idade. Entendemos que o Princípio da Igualdade vem muito forte e determinante na promulgação da nova Constituição.

A família, protegida constitucionalmente, é a base da sociedade, com uma importância ímpar prevista na história do Direito e até hoje elencada no ordenamento jurídico brasileiro. (RODRIGUES, 2016, p. 21)

A palavra família significa “Núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária.” Esse é o conceito dado pelo dicionário Houaiss (2016).

Fernanda do Nascimento Grangeão (2015) observa que, antes de 1988, a família era puramente patriarcal e não havia espaço para formação familiar alheia ao casamento. Com a promulgação da Constituição Cidadã, novos núcleos familiares foram aceitos, proporcionando assim grande mudança neste assunto.

Entende-se então, que a Constituição é um marco histórico, o qual institui o Estado Democrático de Direito, inserindo o princípio da dignidade e o da igualdade que elimina, ou tenta

eliminar as desigualdades.

Ressaltamos que a Constituição Federal de 1988 além de trazer alterações no art. 5º e no art. 226, tutela a união estável, a família monoparental, a qual é formada pelo pai ou mãe e seus filhos, avó(ô) e seu neto(a), tio(a) e seu sobrinho(a), a paternidade (pais e mães) responsável e o planejamento familiar, responsabilidade da própria família sem intervenção do Estado, e, a dissolução do casamento sem estar fundada na culpa.

Assim, o que deve ser colocado em pauta é que no núcleo familiar todos estão protegidos e amparados pelo Estado, conforme dita o texto constitucional, não podendo haver discriminação, pois todos podem se tornar hipossuficientes quando o assunto é violência doméstica.

## **FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

O conceito de violência está sujeito a transformações históricas, jurídicas, culturais e sociais. Ao longo do tempo, as condutas violentas sofreram modificações. Hoje, condutas que eram consideradas legítimas não mais são assim entendidas, mas sim são hoje rotuladas como atos violadores (FERNANDES, 2013, p. 98-101).

Especificamente mostraremos a violência contra os gêneros feminino e masculino, apesar de as mulheres serem violentadas desde a antiguidade.

O Conselho da Europa, em 1985, definiu violência doméstica como uma ação familiar:

Há violência em toda ação ou omissão que prejudique a vida, a integridade física ou psicológica ou a liberdade da pessoa ou cause dano sério ao desenvolvimento da sua personalidade (*apud* FERNANDES, 2013, p. 98).

Apesar de ser muito falada e defendida a violência doméstica como gênero, desde outrora, é entendida como sendo aquela sofrida pela mulher e às vezes pela criança, mas nunca pelo homem. Pois bem, relataremos as violências em âmbito familiar, em sentido lato sensu, porém mais especificamente contra o homem.

No Direito Brasileiro, a palavra violência cabe à mulher e não ao homem, quando se considera a pessoa que é o sujeito passivo da violência. Coroando este entendimento, a Lei nº 11.340/06 denominada “Maria da Penha” utilizou o termo violência como uma violação ao “direito” da mulher, podendo ser de ordem física, sexual, psicológica, moral ou até mesmo patrimonial.

A Constituição Federal preceitua em seu art. 226, § 8º, que

O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos de coibir a violência no âmbito de suas relações.

O art. 226, §8º da Constituição difere da Lei Maria da Penha, pois esta dispõe sobre a proteção à mulher. Entendemos que melhor seria se contivesse proteção aos hipossuficientes na relação familiar (crianças, idosos, homens e mulheres), os quais estão sujeitos muitas vezes à

agressividade do(a) chefe da família, detentor(a) do poder familiar, pois, no entanto, como mencionamos acima, a citada Lei tem aplicabilidade restrita à mulher desde sua infância até sua senilidade.

A seguir, veremos os tipos de violência expressamente definidos na Lei Maria da Penha.

### **Violência Física**

A Violência Física contra a mulher está descrita no art. 7º, I da Lei nº 11.340/2006 – “qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”. Logo, é o que consiste em provocar dolosamente danos à saúde ou integridade física da mulher com ou sem marcas visíveis.

O cerne da violência doméstica está no sentimento de posse que o agressor tem perante a sua vítima, no caso específico da Lei Maria da Penha, que o homem possui sobre a mulher, como se ela fosse sua propriedade.

Costumeiramente, a violência física inicia-se por empurrões, tapas, evoluindo para socos, chutes, e agressões com instrumentos perfurocortantes, situações que provocam muitas vezes marcas aparentes nas vítimas e, em muitos casos, danos irreversíveis à sua saúde como mutilações, cegueiras, entre outros, e até podem levar à morte.

### **Violência Sexual**

Entende-se por Violência Sexual a ideia de obter relações sexuais sem consentimento.

O art. 7º, III, da Lei Maria da Penha define violência sexual contra a mulher como:

Qualquer conduta que a constranja a presenciar, 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.

A definição deste artigo é bem abrangente, pois envolve a prática de atos sexuais não desejados ou com quem não se consente, neste caso, havendo crime de estupro; aborda a restrição aos direitos reprodutivos da mulher, assim como a exploração de sua sexualidade e sua liberdade sexual.

Há grande dificuldade em se provar o estupro conjugal, pois a prova reside no desacordo da vítima. Como dizia Heleno Cláudio Fragoso (*apud* FERNANDES, 2013, p. 125-126), no estupro conjugal:

Exige-se o franco, positivo e militante dissenso da vítima. Não há estupro sem que tenha havido violência (física ou moral) grave, exercida de modo a impossibilitar a resistência da vítima.

## **Violência Psicológica**

É um tipo de violência que visa primeiramente afetar o indivíduo psicologicamente, ficando a violência física em segundo plano. Ocorre sempre em uma relação desigual de poder, em que o agente exerce autoridade sobre a vítima, sujeitando-a a aplicação de maus tratos mentais e psicológicos de forma contínua e intencional. Esta, destrói e subjuga silenciosamente.

Consiste em uma atitude de rebaixamento e controle do paciente por parte do agente e é marcado pelo início do domínio do(a) parceiro(a) no relacionamento. Neste tipo de violência, o comportamento típico é configurado quando o agressor ameaça, humilha, discrimina ou rejeita a vítima, demonstrando prazer ao ver o(a) companheiro(a) sentir-se diminuído(a), inferiorizado(a), amedrontado(a).

Maria Berenice Dias (*apud* FERNANDES, 2013, p. 113) relata que a violência psicológica é muito comum, mas:

Talvez seja a menos denunciada. A vítima, muitas vezes, nem se dá conta de que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos são violência e devem ser denunciados.

A violência psicológica não é um ato isolado, ela vai acontecendo paulatinamente, o agressor aos poucos vai exercendo o domínio sobre a vítima, que muitas vezes demora a se dar conta da agressão que vem sofrendo.

O art. 7º, II, da Lei Maria da Penha define violência psicológica contra a mulher como:

Qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima 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.

Lembramos que a Lei Maria da Penha tem como vítima ou paciente a mulher, porém, aqui demonstramos a vítima em gênero plural.

## **Violência Moral**

Chama-se Violência Moral o ato de caluniar ou difamar a vítima, ou de ofendê-la diante de terceiros, de modo a prejudicar sua reputação. O art. 7º, V, da Lei Maria da Penha define violência moral contra a mulher como: “ qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”

Os crimes de difamação e calúnia ofendem a honra objetiva da vítima, enquanto a injúria, a honra subjetiva. Quer dizer que a honra objetiva é o que as pessoas pensam de outrem, ou seja, o juízo que a comunidade faz do sujeito. Já a honra subjetiva é o sentimento que cada um tem a respeito dos seus próprios atributos físicos, morais, intelectuais e sociais.

A violência moral é uma das formas mais comuns de dominação. Xingamentos minam a autoestima e expõem a vítima perante amigos e familiares, contribuindo para seu silêncio.

### **Violência Patrimonial**

A violência patrimonial é forma de manipulação para roubar a liberdade da vítima através de:

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. (Art. 7º, IV, Lei Maria da Penha).

O contexto inserido na Lei não menciona somente bens e objetos de valores econômicos financeiros, mas inclui valores pessoais e também profissionais. O agressor subtrai, retém, destrói os bens da vítima com intuito de dominar a situação ou até mesmo como forma de vingança, principalmente quando o sujeito passivo decide romper com o relacionamento afetivo violento.

### **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA O HOMEM**

A violência normalmente inicia-se no psíquico da vítima. Advém da indiferença, reclamações, silêncio, reprovações, alguns castigos, punições, até se transformar na agressão física propriamente dita.

A vítima sente-se intimidada e na grande maioria das vezes não tem coragem de denunciar seu agressor. Ela, a vítima, encontra explicações e justificativas para o comportamento agressivo do(a) parceiro(a). Acredita ser uma fase, que vai passar, acredita ser uma situação momentânea. Assim, a vítima se retrai e acaba se afastando da família e dos amigos, submetendo-se à vontade do agressor e vivendo constantemente amedrontada.

O homem também é vítima de violência doméstica, mas é muito pouco divulgada por vários motivos. O homem, através do papel imposto pela sociedade, tem que ser viril, forte, inabalável, não há que se pensar em violência doméstica por ele sofrida e que tenha sido praticada por sua companheira ou companheiro. A questão é, por que a distinção? Por que o homem está isento de sofrer agressões em seu lar? Por que a inimaginável possibilidade de sua esposa ou companheira(o) o ameaçar, o agredir na intimidade de sua família? São essas as questões que gostaríamos de mostrar que acontece e muito, porém não há divulgação, e um dos motivos é a vergonha e até mesmo o machismo, por ser idealizado como sexo mais forte.

A história que conhecemos é a que nos mostra o homem como uma pessoa mais forte, como um “Ser” supremo. Essa ideia foi introduzida pelo filósofo e médico Cláudio Galeno, o qual trouxe o entendimento de que o homem anatomicamente é perfeito e que a mulher é um homem

invertido, menos desenvolvido. Seu útero corresponde ao escroto, os ovários ao seu testículo, a vulva ao prepúcio e a vagina ao pênis. Ou seja, os órgãos sexuais femininos não tiveram força para sair e ficaram “encruados”, para dentro, daí a ideia de que os homens são anatomicamente mais fortes do que as mulheres (COSTA, 1992, p. 100).

Antes da “descoberta” do isomorfismo, por Galeno, mostrando ao mundo que a mulher era na verdade um homem invertido e que devido a essa supremacia o homem era superior à mulher, a história nos revela que na verdade a mulher era a autoridade máxima em seu clã, era ela quem comandava a sociedade comunitária, devido à possibilidade da procriação. (REED, 2008, p. 37)

O homem esteve proscrito a uma experiência de segunda ordem, durante todo o tempo em que a caça intensiva foi uma ocupação substancial. Desse modo, a caça isolava os homens durante muito tempo das comunidades e dos afazeres dos trabalhos internos. Assim, as mulheres começaram a aprender a trabalhar com a agricultura, a domesticar seus animais, trazendo uma liberdade maior para os homens (REED, 2008, p. 22-38).

Ao deixarem de caçar e assim ficarem fora por longo período de tempo, os homens começaram a desenvolver seus trabalhos internos na comunidade, mas eram menos capazes do que as mulheres, que já realizavam os mesmos serviços há tempos. Por estarem em seus “lares”, as mulheres, faziam todo tipo de trabalho, desde o cultivo na agricultura, o trabalho de curtição do couro para fabricação de vestimentas, até o desenvolvimento dos rudimentos da botânica, química e medicina, algo mais criterioso e sofisticado, o qual necessitava de grande capacidade mental, dentre outros; desenvolvendo assim seu intelecto, graças à variedade de trabalhos executados por elas. Desenvolviam tudo isso por não existir um poder dominante sobre elas, restringindo seus esforços (REED, 2008, p. 38-39).

A velha divisão laboral entre os sexos é substituída por uma nova divisão, só que agora social. O trabalho agrícola foi separado do industrial urbano, o manual do intelectual e as atividades das mulheres foram transferidos paulatinamente para os homens.

Desde então, a cultura que adquirimos foi a de que os homens são os mais fortes, mais inteligentes e o provedor da família. Ao passo que à mulher foi delegado o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos e do marido. Porém, não é o que observa Evelyn Reed (2008, p.39):

Isto também explica por que a sociedade primitiva era matriarcal em sua estrutura, e por que as mulheres ocupavam um lugar central na mesma. Suas atividades produtivas eram a fonte de seu poder social. Na América, os aborígenes chamavam suas mulheres de “governadoras” do clã e da tribo, e tinham por elas a mais alta consideração. Quando chegaram os primeiros conquistadores, procedentes das nações patriarcais civilizadas da Europa, onde as mulheres já estavam há tempos subordinadas, ficaram surpreendidos pelo fato desses “selvagens” não poderem tomar decisões coletivas importantes sem consultar as mulheres e sem o consenso destas. Portanto, temos aqui com os testemunhos do passado, uma negação do mito de que as mulheres sempre foram um sexo inferior, e que seu lugar sempre foi o lar.

Mas, os tempos são outros. Os homens foram se aperfeiçoando, se especializando em suas atividades laborais, enquanto as mulheres ficavam cada vez mais encruadas em seus lares. Com o passar dos anos, a cultura em relação à família vem sofrendo diversas modificações. Hoje, a mulher necessita trabalhar fora do lar para ajudar financeiramente seu marido ou seu companheiro a prover sua casa. Além disso, existem os lares compostos somente pela mãe e filhos, sem um homem que fosse o outro tripé da família.

Desse modo, observamos que a sociedade caminha para uma igualdade material de direitos e obrigações nos novos lares. Não só as obrigações, como o sacrifício da grande maioria das mulheres na dupla jornada de trabalho, mas também dos direitos, entre os quais, receber salários iguais aos dos homens, e também poder contar com a ajuda doméstica de seus companheiros, como forma de justiça e igualdade. Assim também, como ocorre em alguns lares, o homem desempregado, por falta de oportunidade, cuida dos afazeres domésticos enquanto a mulher sai à luta laboral diariamente, voltando assim aos primórdios da época pré-histórica. Há algo errado nisso? Acreditamos que não! Há sim, um compartilhar de direitos e deveres entre homens e mulheres para sustento de sua família.

Neste diapasão, entendemos então, que, em alguns casos, os homens também podem sofrer violência doméstica por parte de suas companheiras, pois conforme relatado há uma igualdade entre eles. Porém, o caso é pouco debatido em nosso país e estamos diante de uma triste e dura realidade, ainda muito difícil de ser identificada. Muitas vezes por resistência, ou até mesmo vergonha que muitos homens sentem em ter que admitir serem vítimas de violência doméstica perpetrada por suas (seus) parceiras(os). Eles, as vítimas nessa situação, tentam esconder ou disfarçar a situação vivida, devido a nossa sociedade ser patriarcal e conseqüentemente machista, não havendo espaço para este debate.

Assim como acontece com as mulheres vítimas de violência em seus lares, os homens podem sofrer agressões físicas, psicológicas, injúrias, difamações, frases ofensivas, depreciativas, ameaças, condutas controladoras, e ainda outras agressões, todas elas, como já mencionado, dificilmente delatadas por eles.

O homem vítima de violência doméstica sente-se como a mulher nessa mesma condição, humilhado, desestimulado, envergonhado, culpado por sua (seu) companheira(o) estar agindo violentamente em seu relacionamento com ele. E, em muitos casos, não reage por medo de lhe acontecer algo pior ou aos seus filhos e também por sua companheira estar amparada pela Lei Maria da Penha.

O homem vítima de violência doméstica sofre calado, assim como muitas mulheres. Além

disso, não há amparo legal para esse tipo de violência. Ao contrário da violência sofrida pelas mulheres, a maioria dos casos de agressões sofridas pelos homens, é de cunho psicológico e não físico.

A professora da Escola Nacional de Assistência Social da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM), Nelia Tello, estuda a violência doméstica contra o homem. E, em um de seus depoimentos relatados para a pesquisa de Robert Reid do Centro para Estudos da Saúde Group Health em Seattle - USA, publicada pela revista “American Journal of Preventive Medicine” diz que:

Refiro-me a uma relação em que a mulher usa a força, se impõe, calunia e destrói o companheiro; Isso acontece a partir de uma relação de dominação e submissão. Não estou falando de força física – embora haja agressões – estou falando de uma relação na qual a vontade da mulher se sobrepõe a vontade do homem; São homens agredidos que não desejam reagir da mesma forma (*apud* ABDO, 2017).

A professora mexicana ainda acrescenta:

Falar de violência doméstica cometida por mulheres contra os homens no México é para alguns um verdadeiro tabu, especialmente nos países com altas taxas de feminicídio; Em uma sociedade 100% machista, isso é praticamente impossível, o homem que denuncia maus tratos pela mulher será ridicularizado na delegacia (*apud* ABDO, 2017).

Um dos autores da pesquisa realizada pelo Centro para Estudos da Saúde Group Health em Seattle– USA sobre violência doméstica contra o homem, Robert Reid, aduz que: “a violência doméstica sofrida pelos homens é pouco estudada e frequentemente está escondida, quase tanto como se escondia a violência contra as mulheres há uma década” (*apud* ABDO, 2017).

Um dado curioso descoberto pela pesquisa do Group Health, foi o de que muitos homens tendem a ficar em seus lares durante anos de agressões, conforme relata Reid:

Sabemos que muitas mulheres acham difícil sair de uma relação abusiva especialmente se têm filhos e não trabalham fora de casa; O que nos surpreendeu foi descobrir que a maioria dos homens em situações de abuso também ficam no casamento, apesar de múltiplos episódios durante muitos anos (*apud* ABDO, 2017).

Esse tipo de violência acontece em vários países de todo mundo, porém, o que observamos é que são poucos os países que oferecem ajuda efetiva às vítimas. Os países de primeiro mundo, como Estados Unidos, Canadá e Reino Unido, possuem ONG’s que oferecem apoio às vítimas masculinas de violência doméstica, através de atendimento telefônico (ABDO, 2017).

Em entrevista à BBC Mundo, Mark Brooks, diretor da ONG ManKind Initiative – Reino Unido, diz que recebe em torno de 1500 telefonemas anuais de homens relatando agressões por parte de suas companheiras e que nos últimos 06 anos tiveram um aumento no número de ligações. Brooks, também considera que este tipo de violência é um crime contra o ser humano, independentemente de ser cometido por parte do homem em relação à mulher ou pela mulher em relação ao homem. Entende que a condenação da violência contra mulher deve ser a mesma quando

a violência é praticada contra o homem. Brooks acrescenta: “Meu desafio é dizer às pessoas que acreditam que a violência doméstica só afeta as mulheres que também é preciso falar dos homens vítimas desse tipo de abuso, deixar de fazê-lo é discriminatório e sexista” (*apud* ABDO, 2017).

## **A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A IGUALDADE E OS ASPECTOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA O HOMEM EM FACE DA FRAGILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA**

A função dos princípios não é tão somente indicar o caminho a ser seguido na interpretação legal. Além da função estrutural, reconhecidamente presente, os princípios aqui estudados têm a função de orientar a criação das regras, normatizando a conduta.

As leis são importantes para as mudanças sociais, porém por si sós não são capazes de mudarem conceitos subjetivos ou ações. Já os Princípios são tão importantes quanto as leis para aplicação das normas de forma justa, de modo a efetivar o direito de toda sociedade (MOZARDO, 2016).

O sistema normativo jurídico necessita de regras que determine limites, mas também de princípios que fundamentem estas mesmas regras (MOZARDO, 2016). Logo, os Princípios são ferramentas usadas no ordenamento jurídico brasileiro para o balizamento das normas-regras.

### **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O postulado da dignidade da pessoa humana, como um atributo de toda pessoa humana, é um valor em si absoluto. É um valor moral e espiritual inerente à pessoa, sendo fundamental para a ordem jurídica.

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental norteador do Estado Democrático de Direito em seu art.1º, III:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, senão o mais importante de todos os positivados na Constituição de 1988. Como concebido por SARLET (2006), “norteadores dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro”.

A dignidade da pessoa humana é o que dá sentido, o que coteja a legitimidade a uma determinada ordem constitucional, considerando que se em uma sociedade a dignidade da pessoa humana não é reconhecida e se não há garantia dessa dignidade, não há que se falar em Constituição, validando a relevância de tal princípio (SARLET, 2006, p.66).

Observamos que o constituinte de 1988 preocupou-se com a pessoa em detrimento do patrimônio. Hoje, assim como há 30 anos, o ordenamento jurídico necessita voltar seu “olhar” primeiramente à pessoa e, em um segundo momento às demais situações existentes e realizar suas adequações, mas tudo em face da pessoa, respeitando sua dignidade.

Segundo ensinamento oportuno de Maria Berenice Dias (2009, p. 61):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento na ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

A dignidade da pessoa humana encontra na família lugar favorável para se desenvolver. Há especial proteção às famílias com o advento da Constituição de 1988, independentemente de sua origem. Valores familiares como o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum entre os conviventes, permite integral desenvolvimento pessoal e social de cada componente familiar com base em ideias pluralistas, solidárias, democráticas e humanistas, pois o Estado garante especial proteção.

O que se pretende é que nos lares haja condições de igualdade entre os pais para criação dos filhos, dando-lhes educação, moradia, alimentos, que lhe proporcionem crescimento saudável e com qualidade. A sociedade necessita que a família comungue dessa base saudável, protegida e garantida pelo Estado, pois assim as crianças poderão crescer amparadas por seus familiares. Dessa forma diminui-se a vulnerabilidade e a fragilidade quanto à falta de educação e de parâmetros éticos e morais, o que contribui para reduzir a violência e a criminalidade geradas pela falta da base familiar (MORAES, 2009).

Isto posto, acreditamos que a dignidade da pessoa humana seja uma qualidade intrínseca e inseparável de todo o ser humano e que deverá ser preservada e garantida nos lares, uma vez que a destruição de um acarretaria a destruição do outro e assim sucessivamente de todos os membros da família (MORAES, 2009).

Ainda sobre o assunto, Maria Berenice Dias (2009, p.63) aduz que “o respeito e proteção à dignidade da pessoa humana (de cada uma delas e de todas as pessoas) constituem (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do direito”.

Portanto, é isso que se almeja no direito, desde a promulgação da Lei Maior há 30 anos, que a família tenha efetivamente sua dignidade diuturnamente garantida perante os demais institutos da sociedade, pretendendo assim a igualdade real para a edificação de uma sociedade mais justa, mais solidária e sem violências.

## **Princípio da Igualdade**

A igualdade, de um modo geral, já foi objeto de vários estudos de diversas ciências, como a social, filosófica, política, jurídica, dentre outras. Iremos tratar da igualdade sob a ótica jurídica. Aristóteles, o grande filósofo, já há mais de 2000 anos entendia que “a igualdade se baseava no tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais na medida de suas desigualdades” (*apud* MOZARDO, 2016).

A definição de igualdade dada por Rui Barbosa em discurso realizado em 1920, quando paraninfo na Faculdade de Direito de São Paulo, foi simplesmente espetacular:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (*apud* MOZARDO, 2016).

Atualmente, aplica-se o entendimento de Aristóteles ao princípio da Igualdade, ou seja, tratamento igual para os iguais e o desigual para os desiguais na medida de suas desigualdades. Porém, a aplicação do princípio deverá ser cautelosa, observando caso a caso suas particularidades.

Ainda há muito a estudar, a aprender, a ajustar neste princípio, pois a cada caso concreto deverá ser verificado quem são os iguais e quem são os desiguais, e qual a proporção de igualdade e de desigualdade a ser aplicada (particularmente caso a caso), para que a justiça seja feita e a injustiça não prevaleça. Sendo assim, todos merecem tratamento igual perante a lei e igualdade de condições no plano fático.

## **Aspectos legais da violência doméstica contra o homem**

A violência doméstica contra o homem é ainda um tabu a ser enfrentado. Não existe uma legislação específica que trate deste assunto. Demonstraremos que este tipo de violência ao gênero masculino é tratado de forma genérica, e, infelizmente ainda não há lei específica tutelando este direito, como nenhum dispositivo na Lei Maria da Penha que poderia ser usado quando a vítima é o homem.

Os homens, quando agredidos por seus cônjuges ou companheiras(os), são amparados pelo Código Penal Brasileiro. Dependendo da lesão haverá a aplicação de circunstância agravante pelo fato da lesão ser cometida por cônjuge, art. 61, II, “e” ou “f” do Código Penal Brasileiro como segue:

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II-ter o agente cometido o crime: “e”- contra ascendente, descendente, irmão ou

cônjuge; “f”- com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra mulher na forma da lei específica;

O grande questionamento é por que “na forma de lei específica” ser somente direcionado à mulher? Por que a “lei específica” não pode contemplar os gêneros, já que a letra “e” do referido artigo fala que qualifica o crime o agente ter cometido o crime contra “cônjuge”, sem distinção de gênero, homem ou mulher?

Entendemos que a mulher sofre agressão doméstica sim, e por questões históricas sempre foi vítima dessa selvageria, mas que o homem também pode ser sujeito passivo da violência em seu lar, assim como a criança e o idoso que compõem o núcleo familiar.

A falta de uma legislação específica que tutele os direitos da família vítima de violência doméstica dificulta o ingresso à justiça, pois não há um juizado especializado em violência doméstica familiar. Em vez disso, a justiça preferiu especializar delegacias para o acolhimento somente das mulheres, inibindo assim o acesso do homem agredido por suas companheiras(os).

O Brasil encontra-se muito “engessado” no assunto violência doméstica, porém já começam a aparecer, mesmo que muito timidamente, os primeiros julgados, saliente-se, muito esparsos, com entendimento voltado à igualdade dos gêneros e não só à mulher como sujeito passivo, vítima de violência doméstica na Lei Maria da Penha.

Um exemplo disso é a decisão do juiz titular do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá/MT, Mário Roberto Kono de Oliveira, que em 29 de outubro de 2008 determinou a aplicação de medidas protetivas de urgência em favor de Celso Bordegatto contra Márcia Cristina Ferreira Dias, pois vinha sofrendo constantes ameaças de sua ex-companheira depois do fim do relacionamento. Em sua decisão, o magistrado relata que há elementos suficientes para demonstrar a necessidade, por analogia, da aplicação da Lei nº 11.340/2006. Segue decisão Interlocutória 1074/2008 – Juizado Criminal Unificado de Cuiabá/MT, compilada:

DECIDO: A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido a sua maior compleição física e cultura machista, compelia a “fêmea” a seus caprichos, à sua vilania e tirania. Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia, trouxe inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu julgo enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu transitio em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física, ao patrimônio, etc. Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei in comento por analogia.[...] Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José

Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10ª Ed. pag. 48) Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social. No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir as medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C. (PINTO, 2012).

Decisão muito bem fundamentada do juiz de Mato Grosso do Sul que extraiu o cerne que deveria ser a Lei Maria da Penha, ou seja, tutelar o sujeito passivo (homem ou mulher) em detrimento da brutalidade que é a agressão em âmbito doméstico.

Ainda em relação ao caso acima exposto, a ex-esposa impetrou Habeas Corpus 6313/08 TJ/MT da decisão interlocutória exarada em 29 de outubro de 2008:

Louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre Advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da Penha, arrimado no princípio da ANALOGIA, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta Norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo Magistrado que ousou desafiar a Lei. [...] Da análise de todo o processado, não vislumbrei possibilidade de atender aos reclamos dos Impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que contra o ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (lembremos que ao tempo da impetração não havia ação penal instaurada e mesmo que houvesse, não foi demonstrada a justa causa para tal). (HC 6313/2008 – TJ/MT. Julgamento em 09/06/2009. Órgão julgador: 2ª Turma Recursal).

O Habeas Corpus, como observamos, manteve a decisão do juiz Mário Roberto Kono de Oliveira. E, ainda, a 2ª Turma faz elogios à coragem do patrono e à do magistrado do caso em relação à interpretação da Lei nº 11.340. Decisões sensatas como estas nos remetem a um olhar inovador à Justiça.

Nesse mesmo sentido é o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferido no processo nº 1.0000.08.487645-7/000, que foi julgado em 17/11/2009 e publicado em 30/11/2009, no qual o relator Pedro Vergara menciona o julgado do juiz do Mato Grosso Mário Roberto Kono de Oliveira:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – LEI MARIA DA PENHA - CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA PESSOA DO SEXO MASCULINO – APLICABILIDADE DA LEI 11.340/06. – A Lei nº 11.340/06 prevê como sujeito passivo não somente a mulher, mas também os filhos, netos, irmãos, cônjuge, companheiro ou a pessoa com quem conviva ou tenha convivido em âmbito das relações domésticas, mesmo sendo pessoa do sexo masculino, em conformidade com o princípio da Isonomia. Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos. EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE JUIZ DE FORA. DECIDO: A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido sua maior compleição física e cultura machista, compelia a “fêmea” a seus caprichos, à sua vilania e tirania. Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. [...] I.C. (*apud* RODRIGUES, 2016).

Além do mais, ratificando o entendimento acima elucidado, ainda no sentido da utilização da analogia, reafirmamos que não se pode deduzir que somente a mulher seja potencial vítima de violência doméstica, familiar ou de relacionamento íntimo, mas também o homem poderá sê-lo, conforme se depreende do explicitado no § 9º do art. 129 do Código Penal, no qual o legislador não restringiu o sujeito passivo, abrangendo assim, ambos os sexos (SILVA, 2013), como já mencionado.

No mesmo sentido do julgado realizado em Cuiabá, na Comarca de Rio Pardo, situada no Estado do Rio Grande do Sul, o juiz Osmar de Aguiar Pacheco concedeu medida protetiva a um homem homossexual, em analogia à Lei Maria da Penha. O homem alegava que estava sendo ameaçado pelo seu ex-companheiro. O juiz deferiu a medida protetiva fundamentado no princípio da igualdade e diante da vulnerabilidade da vítima. A ação segue em segredo de justiça, mas apontaremos um excerto da decisão:

[...] todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado. Ao lado do Estado Democrático de Direito, há, e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o Direito não pode permitir!... em situações iguais, as garantias legais devem valer para todos, além da Constituição vedar qualquer discriminação. Isso faz com que a união homoafetiva seja reconhecida como fenômeno social, merecedor não só de respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação [...] (MINUZZI, 2014).

Do mesmo modo comunga o entendimento da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ao julgar o RES nº 1.0145.07.414517-1/001, o qual “assentou que para a configuração da violência doméstica, não importa a espécie do agressor ou do agredido, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade entre as pessoas envolvidas” (MINUZZI, 2014).

Dessa forma, entendemos que não há necessidade de legislação específica aos homens tratando sobre o tema violência doméstica; mas, há sim a necessidade de o legislador positivar os direitos, que hoje são destinados somente às mulheres na Lei Maria da Penha, também aos homens

como forma de igualdade e justiça.

### **Fragilidade da Lei Maria da Penha quanto à família em geral**

A ideia principal deste tópico é mostrar a vulnerabilidade, a fragilidade da lei em face da família. A lei busca a tutela da mulher em razão de seu gênero, porém os demais membros da família tornam-se vulneráveis devido à não aplicabilidade da norma jurídica.

O gênero é o que menos importa dentro da relação doméstica familiar quando uma das partes sofre agressão. Não havendo o amparo legal ou proteção efetivos para ambos os gêneros, mas tão somente em face de um único gênero, de suas condições biológicas e sexuais de nascimento, assim é o objeto jurídico protegido pela Lei Maria da Penha, ou seja, o gênero feminino.

O princípio da vulnerabilidade aqui é aplicado tão somente à mulher, à sua condição feminina, sendo que o justo, o ideal, seria a aplicação desse princípio a todos os integrantes do núcleo familiar que possuam a condição de vulneráveis.

Aqui é útil fazer uma comparação entre a Lei Maria da Penha e a Lei de Defesa do Consumidor. Esta, adotando o princípio da vulnerabilidade, que protege os vulneráveis nas relações comerciais entre consumidor e fornecedor, possui como base a defesa dos direitos fundamentais e a da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido ela é consideravelmente diferente da Lei Maria da Penha, que claramente não adota tal princípio.

No Direito do Consumidor o princípio da vulnerabilidade é um norteador nos conflitos entre consumidores e fornecedores, explanando a necessidade de amparo àqueles, que constituem o lado mais fraco na relação de consumo.

O consumidor encontra-se em situação de subordinação ao capitalismo, e é nesse momento que há a necessidade da intervenção estatal para restabelecer o equilíbrio nessa relação. O objetivo principal desse princípio é facilitar a defesa do consumidor.

Neste sentido, podemos usar analogicamente o princípio da vulnerabilidade abarcado no Código de Defesa do Consumidor como norteador no amparo legal à proteção familiar dentro da Lei nº 11.340/06, já que a vítima de violência doméstica (homem, pois a mulher já é amparada pela Lei) encontra-se como hipossuficiente na relação familiar.

Assim como a mulher e o consumidor, este atraído pelas ofertas do mercado capitalista, o homem, dentro da relação afetiva familiar, conjugal, pode ser atraído por diversas situações de relacionamento familiar (filhos, dogmas religiosos) que o deslumbrem, o desequilibrem emocionalmente e o tornem hipossuficiente na relação, fazendo com que seja sujeito passivo das agressões cometidas por suas parceiras(os). Essa submissão também pode ser por medo de ser enquadrado na legislação específica, Lei Maria da Penha, a qual protege a mulher.

Desta feita, entendemos haver necessidade de intervenção estatal como no Código de Defesa do Consumidor, aqui comparado. E essa intervenção só poderá acontecer com a alteração na Lei Maria da Penha. A Lei nº 11.340/06 é específica para as mulheres, somente as mulheres figuram como sujeito passivo na relação abarcada pela Lei, como já descrevemos em outra oportunidade. Porém, nossa sugestão é a de que esse rol seja ampliado para todos os gêneros vítima de agressões no âmbito de seus lares, como medida justa e constitucional tomando por base o princípio da igualdade.

Essa ideia de igualdade dos gêneros e proteção estatal nos casos de violência doméstica é um avanço para a proteção e prevenção de violência dentro da sociedade como um todo (RODRIGUES, 2016).

Lei nova (RODRIGUES, 2016 p. 103) ou adendo na Lei 11.340 (por nós proposto), almeja-se o que for mais célere e eficiente. O que importa é que haja mudanças, inovações com amparo legal em face à vulnerabilidade familiar.

Acreditamos que toda a família nuclear (pai, mãe, filhos, avós, irmãos) deve ser protegida contra a violência doméstica. Ela deve ser amparada legalmente de modo integral, e não apenas um ente familiar específico que no caso da Lei Maria da Penha é tão somente a mulher.

A proteção da família como bem comum contra a violência doméstica familiar, pode garantir um futuro melhor para as crianças e para a própria sociedade, além de assegurar o bem estar dos adultos envolvidos nesta relação.

## **CONCLUSÃO**

Do presente estudo, salientamos a necessidade da proteção do gênero, o ser humano como pessoa (homem e mulher) na relação familiar contra a violência doméstica. Com a proposta de ampliação da lei Maria da Penha, o rol de sujeitos passivos não se limitaria à orientação sexual, que hoje é exclusivamente feminina, e sim, a proteção seria totalmente voltada ao “ente familiar” vítima de violência doméstica, alcançando de forma justa e efetiva a proteção integral da lei.

Entendemos que a proteção constitucional em face da família deve prevalecer. O entendimento abarcado no art. 226 da Carta de 1988 é o de que a família é a base da sociedade e que ela goza de especial proteção do Estado. Sendo assim, a família é a comunidade formada por todas as pessoas que compõem o seu núcleo familiar, portanto TODOS estes “entes familiares” merecem proteção TOTAL do Estado contra a violência doméstica, e não somente as mulheres como preceitua a Lei nº 11.340/06.

Além da proteção estatal descrita na Constituição Federal, acreditamos que a Lei Maria da Penha, seja realmente uma lei revolucionária, que implantou mecanismos até então de difícil

utilização na esfera penal brasileira; no entanto, ela já carece de melhorias e adaptações. A sociedade encontra-se em constante desenvolvimento e modificações, e a adequação da Lei deve seguir este dinamismo que move o mundo em face às grandes descobertas que nos levam rumo a um futuro de inovações.

Acreditamos ainda que a violência doméstica, que antes era uma exclusividade da mulher, até pela sua condição histórica de submissão e subordinação ao pai ou marido, envolve hoje também o homem, que muito timidamente começa a denunciar os maus tratos praticados por sua (seu) companheira(o) contra ele, que se torna assim vítima de agressões em seu lar.

Contudo, observamos que a Lei Maria da Penha usa o princípio da Igualdade para defender a mulher como hipossuficiente da relação, com fundamento no arcabouço histórico vivido por elas. Entendemos que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana deverá caminhar lado a lado com o princípio da Igualdade, conjugados que são como pilares da Constituição de 1988 e mantenedores da justiça em benefício da sociedade.

Logo, entendemos e concluímos que a situação de vulnerabilidade pode abranger todos os membros da família, todos os participantes do núcleo familiar. Temos assim por base os entendimentos esparsos dos tribunais que nos orientam a analisar o caso concreto como fonte de justiça e igualdade e não ofensa ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, acreditamos que se a legislação existente, Lei nº 11.340/2006, admitir flexibilidades no sentido de admissão de outros sujeitos passivos que não sejam somente as mulheres, bem como a criação de juizados especiais voltados para a família e não somente para as mulheres (como é o caso das delegacias especializadas da mulher), estará cumprindo com o desejo dos constituintes de 1988, ou seja, estará atendendo aos princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana e protegendo a família – base da sociedade brasileira – com efetividade e cristalina justiça.

## REFERÊNCIAS

ABDO, Camila. A violência doméstica contra o homem. In: **Política e Direito**, fev 2017. Disponível em: <<https://politicaedireito.org/br/2017/02/04/a-violencia-domestica-contra-os-homens/>>. Acesso em 17 jan. 2019

BRASIL, Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988. Brasília, DF, 8 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 02 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art.226 da Constituição Federal, as Formas de

Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 03 mar. 2018.

COSTA, Jurandir Freire. **A Inocência e o Vício: Estudos sobre o Homoerotismo**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992

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

DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Valeria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha – o Processo Penal No Caminho da Efetividade**. São Paulo: Atlas,2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Maria da Penha: o Processo Penal no caminho da efetividade**. 2013. 292 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, SP, 2013

GRANGEÃO, Fernanda do Nascimento. O direito de família e o papel da mulher diante das modificações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 e o advento do Novo Código Civil - Lei nº 10.406 . In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 143, dez 2015. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16673&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16673&revista_caderno=7)>. Acesso em jan, 2019.

MINUZZI, Mateus Ciochetta. **Aplicações da Lei Maria da Penha às Vítimas do Sexo Masculino e às Relações Homoafetivas**. Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, mai. 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/28143/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-as-vitimas-do-sexo-masculino-e-as-relacoes-homoafetivas>>. Acesso em 16 fev. 2019.

MORAES, Fernanda Cristina Rodrigues de. **Princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 01 Dez. 2009. Disponível em: [www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/124220-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-de-familia/124220-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-de-familia](http://www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/124220-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-de-familia/124220-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-de-familia). Acesso em 13 fev. 2019

MOZARDO, Lilian Izabel Leite. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a Igualdade de Gênero e a Proteção Formal e Substancial da Mulher**. Revista Zumbi dos Palmares. Volume 4-n.1, 2016. Disponível em: < <http://revista.zumbidospalmares.edu.br/images/stories/pdf/edicao-4/OPRINCPIODADIGNIDADEDAPESSOAHUMANA.pdf> >. Acesso em fev. 2019

PINTO, Marcos José. **A Lei Maria da Penha pode ser aplicada quando o homem for à vítima?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3298, 12 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22194>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

REED, Evelyn. **Sexo Contra Sexo ou Classe contra Classe**. 2ª ed.São Paulo: Editora Instituto José

Luis e Rosa Sundermann, 2008.

RODRIGUES, Julian Henrique Dias. **Quadros de Direito Comparado: a violência doméstica no Brasil e em Portugal**, mar, 2018. Disponível em:

<<https://jhdr.jusbrasil.com.br/artigos/557105981/quadros-de-direito-comparado-a-violencia-domestica-no-brasil-e-em-portugal>>. Acesso em jan. 2019

RODRIGUES, Juliana Fernandes Alvares. **Lei Maria da Penha: um olhar sob a ótica dos princípios constitucionais penais e da dignidade humana e a aplicação a quaisquer vítimas de violência doméstica**. 2016. 119 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Bauru mantido pela Instituição Toledo de Ensino, Centro de Pós Universitário de Bauru, Centro de Pós Graduação, Bauru, SP, 2016

SANTOS, Tânia Maria dos. **A mulher nas Constituições brasileiras**. Disponível em:< <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em 16 jan. 2019.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 4. ed, 2006.

SILVA, Sérgio Gomes da. **Masculinidade na História: A Construção Cultural da Diferença entre os Sexos**. Revista Psicologia, Ciência e Profissão, vol.20, nº3. Brasília, set., 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932000000300003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932000000300003)>. Acesso em 26 jan. 2019.

SILVA, Danúbia Cantieri. **A aplicação da Lei Maria da Penha na proteção dos direitos do homem**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12899](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12899)>. Acesso em 15 fev. 2019.

TJMT. HC 6313/2008. Julgamento em 09/06/2009. Órgão julgador: 2ª Turma Recursal. Disponível em: <[http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL\\_6313-2008%20HC\\_10843.pdf](http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL_6313-2008%20HC_10843.pdf)>. Acesso em 17 fev. 2019.

# O ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: INTERVENÇÃO LEGISLATIVA, JUDICIAL E POLÍTICA PÚBLICA PARA ENFRENTAMENTO

Diogo Sandret da Costa FONSECA<sup>1</sup>  
Maria Aparecida ALKIMIM<sup>2</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa busca contextualizar a violência sexual na modalidade abuso sexual intrafamiliar contra a criança e o adolescente, considerado tema emergente no âmbito das ciências humanas e sociais. O tema será tratado como grave violação aos direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente, pois o abuso sexual fere direitos personalíssimos como a intimidade, o respeito, a privacidade, autoestima, liberdade, integridade física e psíquica, tratando-se de um problema antigo mas onipresente no cotidiano e que afeta inúmeras crianças e adolescentes no mundo inteiro. Essa realidade demanda não apenas normas internacionais e internas para proteger e combater esse problema, como também políticas públicas de enfrentamento para que, paralelamente à intervenção judicial, busque concretizar o sistema de proteção integral e especial. Os estudos estão baseados na pesquisa bibliográfica nacional e internacional, envolvendo doutrina e legislação, com método analítico e descritivo, demonstrando o ordenamento jurídico protetivo e a necessidade de políticas públicas que busquem preservar o melhor interesse diante da situação de abuso sexual intrafamiliar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abuso sexual intrafamiliar. Direitos Humanos infanto-juvenis. Políticas públicas.

## RESUMEN

La presente investigación busca contextualizar la violencia sexual en forma de abuso sexual dentro de la familia contra el niño y el adolescente, considerado un tema emergente dentro de las ciencias humanas y sociales. El problema se tratará como una violación grave de los derechos humanos y fundamentales del niño y del adolescente, ya que el abuso sexual viola los derechos personales como la intimidad, el respeto, la privacidad, la autoestima, la libertad, la integridad física y mental, como un problema. viejos pero ubicuos en la vida cotidiana y que afectan a innumerables niños y adolescentes en todo el mundo. Esta realidad exige no solo normas internacionales e internas para proteger y combatir este problema, sino también políticas públicas de confrontación para que, paralelamente a la intervención judicial, busque concretar el sistema de protección integral y especial. Los estudios se basan en investigaciones bibliográficas nacionales e internacionales, que incluyen doctrina y legislación, con un método analítico y descriptivo, que demuestran el ordenamiento jurídico de protección y la necesidad de políticas públicas que busquen preservar el

---

1 Possui graduação em Direito pela Universidade de Taubaté (2016). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Militante do Tribunal do Júri.

2 Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007); Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004); Pós-graduação em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo -U E de Lorena (1998); Graduação em Direito pela Faculdade Salesiana de Filosofia Ciências e Letras de Lorena (1991); Coordenadora do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo-UE de Lorena; Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Minorais, Vulnerabilidade e Tutela dos Direitos Individuais e Coletivos". Estágio Pós-doutoral em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/IUS Gentium Conimbrigae. Advogada inscrita na OAB/SP desde 1992.

mejor interés en la situación de abuso sexual intrafamiliar.

**PALABRAS CLAVE:** abuso sexual intrafamiliar. Derechos Humanos de los niños y adolescentes. Políticas Públicas.

## **INTRODUÇÃO**

A violência sexual contra a criança e o adolescente se manifesta por meio do abuso sexual ou através da exploração sexual, cuja modalidade de violência que afeta essa parcela vulnerável e com manifesta imaturidade física, psíquica, moral, social e espiritual, deixa marcas profundas, afetando o desenvolvimento e formação desses sujeitos de direitos humanos e fundamentais.

As violências, nas suas mais variadas formas, estão arraigadas no cotidiano da vida da criança e do adolescente, acontecem em vários cenários (escola, clubes, casas de acolhimento e abrigo etc), contudo, o objeto do presente estudo é a violência sexual intrafamiliar, na modalidade abuso sexual, revelando seus impactos maléficos para o desenvolvimento e formação das crianças e dos adolescentes, e, por se tratar de uma violência velada, silenciosa, pouco denunciada, urge adoção de medidas de prevenção e de combate através de políticas públicas, envolvendo todos os segmentos responsáveis pela efetivação da proteção integral e especial, ou seja, a família, a sociedade e o Estado.

Demonstrar-se-á que não bastam normas declarando direitos fundamentais ou até mesmo impondo a plena observância, com medidas repressivas, elementar para a efetivação E concretização dos direitos infanto-juvenis, paralelamente às normas de proteção, prevenção e repressão, a adoção de políticas públicas o cumprimento do dever de prestação por intermédio de adoção de políticas públicas eficientes.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito e do Bem-Estar Social exige o esforço conjunto, baseado no solidarismo, que envolve poder público, iniciativa privada, ONGs, escolas, associações, partidos políticos etc, enfim, toda a sociedade e o Estado para planejamento e implementação de políticas públicas que visem a prevenção e combate da violência sexual contra a criança e o adolescente.

## **1 O ABUSO SEXUAL CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE DIANTE DA ESPECIFICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS INFANTO-JUVENIS**

O abuso sexual se insere no contexto da violência sexual que também abrange a exploração sexual, sendo certo que o abuso sexual contra a criança e o adolescente se constitui grave violação aos direitos humanos infanto-juvenis e pode ocorrer fora do ambiente doméstico ou familiar

(extrafamiliar) ou, como é mais corriqueiro, no ambiente doméstico ou familiar, denominado de abuso sexual intrafamiliar, que também pode ser considerado uma espécie do gênero violência doméstica, sendo que se inserem no contexto do desrespeito aos direitos humanos de crianças e adolescentes.

### **1.1 Violência sexual e direitos humanos da criança e do adolescente**

A violência contra a criança e ao adolescente, de modo geral, é uma realidade mundial e que compromete a realização dos direitos humanos infantis, bem como a concretização da proteção integral, sendo certo que a realização dos direitos humanos infanto-juvenis é elementar para o pleno desenvolvimento dessas pessoas em formação e para a garantia do bem-estar no presente e no futuro.

Proteger, defender, salvaguardar direitos humanos da população infantil, é proporcionar-lhes a felicidade e um mundo de paz, equidade, respeito ao próximo e ao meio ambiente como um todo. O direito à felicidade integra a dimensão objetiva e subjetiva dos Direitos Humanos e é certo a essência da dignidade humana é a felicidade.

No âmbito da evolução histórica dos direitos humanos, a criança e o adolescente, em razão da peculiar condição de desenvolvimento e da sua imaturidade físicas, psíquica, moral, social e espiritual gozam de tratamento diferenciado em relação à população adulta, logo, além dos Direitos Humanos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), possuem Direitos Humanos de caráter específico, denominados por Bobbio de *ius singulares* (2004,p. 34), disciplinados pela Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989).

Segundo Comparato (2010), a conquista histórica dos Direitos Humanos, ou seja, aqueles direitos que são ligados à natureza do homem, tanto sob o aspecto material como espiritual, e que são exteriorizados e manifestados em forma de direitos e garantias fundamentais, incorporados no ordenamento jurídico pela vontade estatal, também marcou a era da reconstrução de direitos ou surgimento de novos direitos, que consideram as situações peculiares em que situam certa camada da população, como é o caso do idoso, da criança, do consumidor etc.

Os Direitos Humanos são direitos naturais e inerentes à condição humana. Segundo Lafer, a universalização dos direitos humanos estabelece que todo e qualquer cidadão, de qualquer parte do mundo, tem direitos inerentes à condição e dignidade humana, cujos direitos são comuns a todos cidadãos, indissociáveis da condição humana, irrenunciáveis e , embora o reconhecimento desses direitos seja um construído histórico, na verdade, são direitos natos, que integram o simples existir de cada pessoa humana.” (LAFER, 1988, p. 122)

Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança é um documento internacional de

natureza enunciativa e declarativa de direitos humanos, com viés de norma cogente, ou seja, que impõe deveres aos Estados-partes ratificantes, tendo como princípios norteadores e basilares a proteção especial, o cuidado especial e o melhor ou superior interesse da criança, elementares para a concretização dos direitos humanos infante-juvenis, cujos princípios-regras foram incorporados à ordem jurídica interna do Brasil pelo artigo 227 da CF, regulamentado pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente( Lei n. 8069/90).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, instrumento no qual o ECA se espelhou, ao consagrar a doutrina da proteção especial e do cuidado especial, advertiu que todas as ações por parte da família, do Estado e da sociedade devem atentar ao superior ou melhor interesse da criança.<sup>3</sup>

Assim, de acordo com o sistema internacional de proteção da criança e do adolescente, a Convenção sobre os Direitos da Criança impõe aos Estados Partes adoção de medidas que coíbam todo tipo de violência, dispondo em seu artigo art. 19, n. 1, que:

Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela(...).

A violência contra a criança é um problema não somente jurídico, político, social e econômico, é também um problema de saúde pública, conforme bem informa a OMS, mobilizando profissionais da área da saúde, inclusive. Logo, a violência contra a criança compromete o pleno desenvolvimento físico, psíquico, moral, espiritual, intelectual e social da criança.

Segundo os Relatórios dos Estados Partes ratificantes da Convenção sobre os Direitos da Criança, as violências contra as crianças estão classificadas em 4 segmentos, considerando o contexto de violências cotidianas contra a criança e que comprometem todo o Sistema de Garantias e de Proteção aos Direitos Humanos dessa população em peculiar condição de desenvolvimento, sendo elese:

- 1) Violência intrafamiliar
- 2) Violência na escola
- 3) Violência institucionalizada na sociedade
- 4) Violência nas instituições de cuidados especiais e alternativos às crianças em conflito com a Lei

A Constituição Federal de 1988, em consonância com as normas internacionais,

---

<sup>3</sup> Importante destacar que a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, considera criança até os 18 anos. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança até os 12 anos incompletos e adolescente dos 12 anos até os 18 anos, sendo que o Estatuto da Juventude, caracteriza como jovem a pessoa entre 15 anos e 29 anos (Lei n. 12852/2013, art. 1º, §1º).

reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e merecedores de ampla proteção por parte da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade e de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, impondo ao Estado o dever de assegurar por meio de lei e por outras medidas os Direitos Humanos consagrados como direitos fundamentais e sociais pelos documentos internacionais e nacionais. O art. 227 da CF/88, incorporando os ditames da CDC, dispõe que:

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

A Lei Maria da Penha- Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei n. 11.340/2006), no seu art. 7º., inciso III, conceitua a violência sexual, cuja conceituação, em razão de sua amplitude, é utilizada como fonte informativa para caracterização da violência sexual de modo geral:

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.

No âmbito familiar, a violência sexual mais comum acontece sob a forma de abuso sexual intrafamiliar, ou seja, aquela prática que envolve pessoa da própria família, onde o abusador é figura próxima da criança ou adolescente que “usualmente, mas nem sempre, vive no mesmo lar da vítima – incluem-se os pais, irmãos e outros parentes consanguíneos ou por aliança” (DIAS, 2010, p. 102).

A violência sexual contra a criança e o adolescente- abuso sexual e exploração sexual –, configura-se em ato atentatório ao direito humano e ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente, cuja violência é praticada diante de uma relação de poder e domínio adulto sobre a criança, além de desenvolvimento sexual desigual em relação à criança e adolescente vítimas.

A violência sexual contra a criança e o adolescente é uma realidade recorrente em todo o mundo, tratando-se de uma das piores formas de violência e que está vinculada, em muitas situações, a fatores históricos, comportamentais, culturais, contudo, que geram danos irreparáveis, interferindo no desenvolvimento sadio e bem-estar da criança vitimada.

Segundo Dias (2010) a violência sexual intrafamiliar contra a criança está arraigada a fatores históricos, comportamentais, culturais e interfere no desenvolvimento sadio e no bem-estar da criança. Macula seu corpo e sua alma, retira-lhe o direito natural de ser e de se sentir criança, compromete o seu direito fundamental especial de convivência harmônica e feliz no seio da família,

enfim, afeta o direito à proteção integral e, conseqüentemente, afeta seus direitos e garantias fundamentais, extensão dos direitos humanos historicamente reconhecidos e incorporados à vida humana. (DIAS, 2010)

Em matéria de proteção integral à criança e ao adolescente não adianta proclamar, enunciar direitos humanos e incorporá-los no ordenamento jurídico de cada Estado Parte, deve-se, outrossim, concretizá-los através de ações, medidas e políticas públicas e sociais eficazes nos sentido de garantir à criança o bem-estar que possibilite o seu desenvolvimento integral com base no respeito, amor, na compreensão, na paz e na solidariedade.

Dentro dessa lógica, o Direito da Criança surgiu como uma especificação dos Direitos Humanos (BOBBIO, 2004), contribuíram para a concepção de que a criança, em razão de sua falta de maturidade física, psíquica, mental, social e espiritual, e, na qualidade de sujeito de direito, necessita de cuidados e proteção especial por parte do Estado, da família e da sociedade, que deverão garantir-lhes bem-estar e desenvolvimento integral, de modo que toda ação ou medida deve atender ao superior ou melhor interesse da criança.

Não pairam dúvidas de que o abuso sexual intrafamiliar é uma grave violação ao direito humano da criança e do adolescente, inclusive, é considerada uma violência insidiosa, oculta, pois acontece de forma velada, silenciosa, intensificando as mazelas na vida da criança e do adolescente, prejudicando o desenvolvimento sadio, violando várias das dimensões dos direitos humanos infante-juvenis (ALKIMIM, 2016), dentre eles o da convivência familiar, além de interferir no direito de ser e de se sentir criança.

## **1.2 Caracterização do abuso sexual intrafamiliar contra a criança e o adolescente**

A violência sexual intrafamiliar contra a criança é um fenômeno antigo e, como dito, constitui grave violação a Direitos Humanos da criança e do adolescente, parcela populacional considerada vulnerável, logo, dependente de um sistema especial de garantia de direitos para se proporcionar a igualdade de tratamento de direitos.

A violência sexual na modalidade abuso sexual intrafamiliar requer um tratamento cuidadoso, pois os dados não são precisos, justamente pelo fato de ocorrer no âmbito doméstico e se cercar da ocultação, logo, essa matéria não deve ser analisada apenas sob o aspecto da responsabilização penal ou familiar, mas também à luz do melhor ou superior interesse da criança, com vistas à proteção integral e garantia do bem-estar e do desenvolvimento sadio e equilibrado da criança e do adolescente.

Pode-se afirmar que a violência sexual intrafamiliar, ou qualquer outro tipo de violência sexual, é o mesmo que negar à criança sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento

(PEREIRA, 2008) ; é levar à coisificação da infância, já que a intenção do abusador é a satisfação de seu desejo ou instinto sexual; é desproteger e não proteger a criança; é contrariar o melhor interesse da criança, enfim, é tornar inócuo todo o sistema de proteção e garantia de direitos, consagrados pelos documentos internacionais e nacionais.

Segundo Sanderson, caracteriza o abuso sexual,

O envolvimento de crianças e adolescentes dependentes em atividades sexuais com um adulto ou com qualquer pessoa um pouco mais velha ou maior, em que haja uma diferença de idade, de tamanho ou de poder, em que a criança é usada como objeto sexual para a gratificação sexual das necessidades ou dos desejos, para a qual ela é incapaz de dar um consentimento consciente por causa do desequilíbrio no poder ou de qualquer incapacidade física ou mental. (2005, p. 11)

Importante pontuar que, mesmo que não haja uso de força física ou psíquica e, ainda que haja consentimento da criança, trata-se de consentimento nulo, pois não há capacidade civil, tão menos capacidade intelectual para autodeterminação e conseqüente expressão da vontade livre e consciente para disposição da liberdade sexual (ALKIMIN, 2016, p. 102).

O abuso sexual é considerado um fenômeno multicausal, envolve a pedofilia, o incesto, a exploração sexual etc, e a doutrina sobre a matéria analisa o abuso sexual sob diversos fatores, a saber:

- Fator histórico-cultural: o abuso decorre de uma relação de poder-submissão que, culturalmente, impera nas famílias tradicionais. Segundo Faleiros (1997), o homem ocupa posição de poder no agregado familiar, onde há distribuição desigual de poder entre homem e mulher, entre adulto e criança.

- Fator social-econômico: a violência sexual intrafamiliar contra a criança é inerente a todo tipo de agregado familiar. Não é uma violência necessariamente associada à pobreza e baixo nível cultural, embora esteja associada, em proporção maior, à pobreza, exclusão, desemprego, alcoolismo etc, também é praticada em famílias com nível de renda e nível cultural elevados, sendo menos comum a denúncia nesse tipo de agregado familiar. O aspecto econômico também deve ser considerado como fator de omissão para as denúncias, ou seja, muitas famílias dependem economicamente do agressor, portanto, temem a prisão do agressor e, conseqüentemente, a perda da fonte de manutenção da família.

- Fator comportamental: a violência sexual, em especial, o abuso sexual, tem relação com desvio de comportamento, como é o caso da pedofilia, que é analisada sob a dimensão médica como problema psiquiátrico, bem como sob a dimensão jurídica, haja vista que ofende a integridade, a liberdade sexual e de autodeterminação da vítima, com reflexos nos seus direitos e garantias fundamentais.

Destaca-se que em muitas culturas certas iterações sexuais com crianças são consideradas

normais em razão do aspecto cultural, tratando-se de uma questão de relatividade cultural, logo, certos contatos físicos por alguns grupos podem ser considerados normais, mas para outros grupos podem ser considerados abusos, inclusive o incesto em algumas culturas no passado foi considerado condição cultural e normal.

Todavia, diante da internacionalização dos direitos humanos infanto-juvenis o incesto, modalidade de abuso sexual, tornou-se uma proibição social, moral e legal, pois viola a essência da infância e da juventude, notadamente, o dever de respeito a essa parcela populacional no que tange à integridade física, psíquica e moral.

## **2. ANÁLISE LEGISLATIVA DA VIOLÊNCIA SEXUAL E DO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE**

À luz da legislação interna, a violência sexual sob a forma de abuso sexual, impõe ao Estado o dever de intervir em situações de risco, perigo, lesão ou ameaça de lesão aos direitos humanos e fundamentais infanto-juvenis, tratando-se o abuso sexual de violação aos princípios de proteção e do melhor interesse, assim como de violação ao ordenamento jurídico composto pelo Código Civil, Código Penal, ECA, Constituição Federal, além das normas esparsas de natureza protetiva.

No âmbito do Direito Civil, o artigo 1634 estabelece a parentalidade responsável e impõe aos genitores ou responsáveis pela guarda e educação da criança e do adolescente o dever de criar e educar de acordo com o melhor ou superior interesse da criança, implicando no exercício do poder familiar sem excessos ou violações a direitos fundamentais, “sob pena de a autoridade judiciária decretar a suspensão ou a perda do exercício do poder familiar” (ALKIMIN, 2016, p. 199), nos termos do art. 1638 do Código Civil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ( Lei n. 8.069/90) em seu artigo 5º., conjugado com o art. 227 da CF, dispõe que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.” Logo, em caso de abuso sexual intrafamiliar o artigo 24 do ECA prevê que a “perda ou a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações atinentes ao sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 do ECA).”

O ECA também prevê medidas de proteção elencadas no art. 101, dentre elas a colocação em família substituta, cuja medida é aplicada nas hipóteses de ameaça ou violação aos direitos infanto-juvenis, sendo certo que diante de uma situação de abuso sexual, sem embargo das medidas

previstas no art. 101 do ECA, também impõe ao pai agressor ou outro responsável, quando for o caso, as medidas de proteção previstas no art. 129 do ECA.

Na esfera do Direito Penal, constitui violação ao Código Penal, que inseriu o abuso sexual no Capítulo dos Crimes contra a Dignidade Sexual, pois fere a liberdade sexual e a autodeterminação sexual da vítima. O Código Penal disciplina de forma específica o crime sexual contra os vulneráveis, sendo considerado vulnerável a vítima com menos de 14 anos, ou aquela que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem discernimento para a prática do ato.

Em matéria de abuso sexual intrafamiliar a intervenção não judiciária é exercida pelo Conselho Tutelar que buscará aplicar as medidas de proteção à criança e adolescente em situação de risco ou de perigo, com destinação de atendimento à família, devendo, de ofício, comunicar o Ministério Público e à autoridade policial a despeito do abuso sexual.

A intervenção judiciária gera algumas situações conflituosas diante do melhor interesse da criança e do adolescente, pois ainda que no âmbito da intervenção judiciária seja necessária a imposição da penalização, sem prejuízo da adoção das medidas de natureza civil, tais como afastamento do agente do lar e a ação de suspensão ou destituição do poder familiar.

Todavia, poderá haver colisão com o melhor interesse da criança, pois para a criança, enquanto vítima, pode não ser conveniente prestar o depoimento ou até mesmo o depoimento pode gerar a revitimização, não obstante a Lei n. 13. 431 de 2017 busque estabelecer um sistema de justiça protetiva à criança ou adolescente vitimado, disciplinando a política de atendimento e proteção envolvendo o depoimento sem dano em relação à criança e o adolescente vítima de violência ; além disso, a criança pode querer se opor ao prosseguimento do processo e desejar se desenvolver no seio do agregado familiar natural. Nesse sentido, impõe o envolvimento e acompanhamento de terceiros, equipe interdisciplinar, ou seja, profissionais habilitados para atuarem de forma solidária no sistema de justiça.

Nota-se que o abuso sexual intrafamiliar contra a criança e o adolescente viola direitos humanos e fundamentais, incidindo sobre a privacidade, intimidade, saúde física e psíquica da vítima, com danos na esfera pessoal e com consequências jurídicas que acabam afetando a esfera de outros direitos da vítima, como o direito fundamental à convivência na família de origem, o desejo de manutenção da família sem rupturas, enfim, impõe outras medidas para enfrentamento, tanto na esfera legislativa, administrativa e judicial, com envolvimento de outras áreas do conhecimento humano, haja vista que a criminalização ou outra espécie de sanção não é a única solução para a manutenção e preservação dos direitos humanos infanto-juvenis, pois a atuação judicial não pode contrariar o sagrado convívio familiar.

### **3 ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Os direitos fundamentais e sociais da criança e do adolescente estão submetidos ao Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, que se caracteriza como sendo uma articulação e integração de instâncias públicas governamentais e da sociedade civil para aplicação das normas de proteção e também adoção de mecanismos e políticas públicas que visem promover, defender e controlar a plena efetivação dos direitos infanto-juvenis, cujo sistema atua em âmbito federal, estadual e municipal.

Segundo Sarlet (2004) a concretização dos direitos fundamentais e sociais está associada ao dever de prestação, cujo dever também abrange a implementação de políticas públicas de proteção ao direitos de todo e qualquer cidadão, em especial, para garantia dos direitos que compõem o mínimo existencial. A política pública para concretização dos direitos humanos infanto-juvenis abrangem as políticas sociais básicas, as políticas de assistência social, política de proteção especial e as políticas de garantias de direitos.

As políticas públicas, no Estado Democrático de Direito e do Bem-Estar Social, visam garantir direitos fundamentais e sociais, bem como visam proteger a criança e o adolescente de violações a Direitos Humanos e fundamentais, logo, de acordo com o sistema de proteção integral o Estado deve adotar as medidas legislativas, administrativas e judiciais mais adequadas visando o superior interesse da criança, garantindo à criança um sistema de proteção contra toda e qualquer forma de violência atentatória à dignidade humana. Sobre políticas públicas, dispõe o item 2 do art. 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança que:

Tais medidas de proteção devem incluir, consoante o caso, processos eficazes para o estabelecimento de programas sociais destinados a assegurar o apoio necessário à criança e aqueles a cuja guarda está confiada, bem como outras formas de prevenção, e para identificação, elaboração de relatório, transmissão, investigação, tratamento e acompanhamento dos casos de maus tratos infligidos à criança, acima descritos, compreendendo igualmente, se necessário, processos de intervenção judicial.

Políticas Públicas são ações de governo, logo, revestidas de autoridade soberana do poder público. Elas dispõem o que fazer (ações); aonde chegar ( metas ou objetivos que se pretende atingir para alterar ou concretizar um direito); e como fazer (estratégias de ação), ou seja, são diretrizes traçadas pelo poder público para enfrentamento de um problema público, cuja solução é de interesse da coletividade.

O Estado de Direito só se sustenta se atuar por meio de políticas públicas, pois é o mecanismo para a concretização dos direitos fundamentais e dos valores e objetivos do Estado Democrático de Direito (arts. 1º. e 3º. CF/88), portanto, a concretização dos valores constitucionais tais como dignidade humana, cidadania só se concretiza através de políticas públicas.

Segundo ensinamento de Secchi (2010), as Políticas públicas não são elaboradas exclusivamente por atores estatais, sedo certo que não impera uma visão estatista, ou seja, política pública monopólio de atores estatais, mas prevalece a visão multicêntrica, ou seja, organizações privadas, não governamentais, juntamente com atores estatais. Antônia Teresinha de Oliveira assevera que:

O que deve estar claro é que o conceito de políticas públicas não compreende apenas as metas e os programas traçados na Constituição Federal, mas vai além para abarcar as próprias ações concretizadoras ou implementadoras do agente público estatal em esforço conjunto, coordenado e cooperativo com a iniciativa privada. ( 2005, p. 69)

Em atenção ao princípio da proteção integral, o envolvimento com pública é direito e dever de todos. De acordo com Paulo Hamilton Siqueira Jr. e com Miguel Augusto Machado Oliveira, “a escolha e o procedimento da política pública é atribuição do governo, bem como a sua implementação e responsabilidade. Mas, a sociedade civil e os partidos políticos devem participar efetivamente da construção do processo de políticas públicas.” (2009, p. 253)

Portanto, a política pública requer união de esforços dos atores envolvidos nas questões públicas e de interesse público: representantes dos poderes públicos (executivo, legislativo, judiciário, ministério público etc), organismos públicos internacionais (OIT, UNICEF), Conselhos, Comissões nacionais e internacionais e atores não governamentais (empresas, escolas, partidos políticos, ONGs, ou seja, sociedade civil como um todo).

A política pública é um compromisso do coletivo para o coletivo que exige tanto do Estado como dos demais atores, boa vontade, empenho e dedicação, sendo da responsabilidade do Estado assumir a direção, coordenação, implementação e fiscalização direta, pois o Estado é o principal devedor das prestações sociais; logo, o Estado deve assumir a gestão da política pública no plano nacional, nada obstando que no plano Estadual e municipal, respectivamente, o Estado e Município assumam a condução da política pública.

A política pública para efetivação dos direitos da criança e do adolescente compõe a mais importante diretiva da ONU/UNICEF, integra as Diretrizes do Comitê da ONU dos Direitos da Criança, dentre elas há destaque para a política pública de enfrentamento da violência sexual contra a criança e o adolescente, sendo que cada Estado-parte, dentre eles o Brasil, tem que apresentar relatórios anuais sobre a situação da criança, e esses relatórios estão analisados pelo organismo internacional que também emite relatórios através do Comitê dos Direitos da Criança onde criticam, analisam, avaliam, sugerem, e, principalmente, monitoram a implementação e efetivação de políticas públicas de proteção e efetivação dos direitos infanto-juvenis.

A Política de atendimento à criança e ao adolescente prevista pelo ECA prima pela descentralização e, nesse sentido o artigo 86 dispõe sobre as ações articuladas entre as esferas

governamentais no âmbito federal, estadual e municipal e entes não-governamentais. – participação cidadã e democrática em matéria de política pública de atendimento e descentralização política. A descentralização e municipalização visa cumprir o princípio da prioridade absoluta, anunciado pelo art. 4º. Do ECA.

Diante dessa política de atendimento descentralizadora, há os Conselhos Municipal, Estadual e Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes. O Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente é o órgão responsável pela adaptação das regras gerais previstas no estatuto à realidade de cada município, ao passo que o Conselho Estadual é o que gerencia as questões referentes a sua área de atuação, e em âmbito nacional há o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) a quem compete elaborar as normas da Política Nacional de Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente, fiscalizando as ações de execução e diretrizes estabelecidas no ECA, buscando integrar e articular as ações entre os Conselhos Estaduais e Municipais. No âmbito municipal, o Conselho Tutelar é o órgão responsável pelo atendimento aos casos de violação dos direitos da criança e do adolescente.

Em matéria de política pública para proteção e promoção de direitos infanto-juvenis, a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - SNDCA é responsável pela condução da política nacional de promoção, proteção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, cuja secretaria está vinculada à Secretaria e Ministério dos Direitos Humanos e tem como função primordial apoiar ações intersetoriais, interinstitucionais e interfederativas, promovendo a articulação de diversos órgãos e sociedade civil.

Quanto ao enfrentamento da violência sexual contra a criança e o adolescente, a coordenação geral e em âmbito nacional compete ao Ministério dos Direitos Humanos (MDH), órgão responsável pela coordenação das ações de combate às diversas formas de violência sexual contra crianças e adolescentes através da Comissão Intersetorial de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes. Essa Comissão reúne várias frentes simultâneas de proteção: justiça, autoridades policiais, organizações não-governamentais e entidades governamentais de apoio à infância e à adolescência e de desenvolvimento social. (Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente-SNDCA).

A Comissão Intersetorial de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes atualmente está vinculada à Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e visa fortalecer a prevenção e o enfrentamento da violência sexual por meio da articulação de ações intersetoriais, interinstitucionais e interfederativas, que visem à proteção às vítimas e a responsabilização dos agressores, bem como a conscientização da população sobre formas de identificar e denunciar os casos suspeitos. Também tem como metas Regular a Lei

da Escuta, que estabelece novas garantias e procedimentos para ouvir crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência durante os inquéritos e processos judiciais e também Monitorar os Planos Estaduais de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes.

No âmbito federal, a primeira iniciativa foi do CONANDA (Conselho Nacional de Atendimento à criança e ao adolescente), com a criação e implantação do Plano Nacional de Enfrentamento da violência sexual infanto-juvenil e que tem como eixos de atuação:

- Análise da Situação visando identificar e diagnosticar o caso de violência sexual para enfrentamento do problema;

- Mobilização e Articulação visando fortalecer as articulações nacionais, regionais e locais de combate e eliminação da violência sexual e envolver a sociedade civil no enfrentamento dessa problemática;

- Defesa e Responsabilização busca atualizar a legislação sobre crimes sexuais, combater a impunidade, disponibilizar serviços de notificação e capacitar os profissionais da área jurídico-policial; implantar e implementar os Conselhos Tutelares, o SIPIA - Sistema de Informação para Infância e Adolescência, e as Delegacias especializadas em crimes contra crianças e adolescentes;

- Atendimento busca proporcionar um atendimento especializado e em rede às crianças e aos adolescentes em situação de violência sexual e às suas famílias, por profissionais especializados e capacitados;

- Prevenção - assegurar ações preventivas contra a violência sexual, possibilitando que as crianças e adolescentes sejam educados para o fortalecimento da sua autodefesa;

- Protagonismo Infantojuvenil - promover a participação ativa de crianças e adolescentes pela defesa de seus direitos e comprometê-los com o monitoramento da execução do Plano Nacional (CONANDA, maio de 2013)

O sistema de garantia e proteção integral à criança contra a violência sexual, seja intra ou extrafamiliar, só se concretiza ou se materializa através da ação estatal, ou seja, um agir, um fazer, um atuar por parte do Estado, cujo agir ocorre através de política pública, obviamente desde que previamente se detecte e avalie um problema público, ou seja, quando o *status quo* é considerado, de forma geral, inadequado e exige ações para alcançar uma situação melhor.

No caso da violência sexual contra a criança e o adolescente, trata-se de um problema que extravasa a individualidade da vítima, invadindo a esfera do interesse público e coletivo, torna-se um problema público e de interesse público, logo, impõe a adoção de um plano nacional para enfrentamento e de prevenção, e, assim sendo, requer por parte do poder público, em todas suas esferas de atuação, a fundamental tutela e acompanhamento, financiamento e intervenção participativa dos Ministérios: educação, saúde, assistência social etc.

A violência sexual intrafamiliar ou até mesmo outras formas de violência doméstica contra a criança e o adolescente exige uma proposta nacional, de aplicação descentralizada, de combate e prevenção, que busque atender a vítima, o vitimizador e a própria família, dessa forma, a política pública de combate e prevenção da violência doméstica contra criança e adolescente, além do cunho assistencial, deve adotar como estratégias: a) sensibilização e educação para a prevenção; b) proteção à vítima e promoção da sua integração; c) Intervenção junto aos agressores; d) Formação e qualificação dos profissionais envolvidos; e) Investigação e monitoramento.

A adoção de política pública de combate e de prevenção impõe o monitoramento que se impõe como medida elementar para se avaliar a eficácia da medida ou política aplicada, permitindo um feedback para o direcionamento e redirecionamento das ações, se for o caso, cuja investigação e monitoramento fica à cargo de Comissões e até mesmo de representantes da sociedade civil, além de organismos internacionais, como o Comitê dos Direitos da Criança, fazendo parte desse processo de investigação e monitoramento a exigência de relatórios.

A investigação e monitoramento permite a formação de dados estatísticos e avaliativos que conduzirão o processo de tomada de decisões; permite a condução dos estudos acerca do fenômeno, fatores de riscos e determinação da intensidade do fenômeno; permite a criação de estratégias internas e externas para gerir as redes de apoio às vítimas.

O combate e a prevenção da violência sexual intrafamiliar contra a criança e o adolescente através de política pública visa atender às diretivas internacionais para promoção dos direitos infanto-juvenis e defesa da dignidade da pessoa humana, exigindo a atuação do Estado e envolvimento de todos os seguimentos da sociedade civil para se delinear estratégias de promoção da proteção das crianças e adolescentes, especialmente daquelas vítimas da violência doméstica, estruturando o sistema de intervenção protetiva junto à criança e ao adolescente vitimizados e em estado de vulnerabilidade, assim como criar um sistema de intervenção punitiva e preventiva junto ao agressor para se evitar a reincidência, o que demanda investigação dos fenômenos associados à violência doméstica, com qualificação contínua dos profissionais envolvidos, sempre reforçando a atuação das redes/associações e entidades de apoio e atendimento às vítimas.

Nesse sentido e atendendo ao disposto no artigo Art.87, inciso III foi implantado o Programa Sentinela e que se baseou numa concepção de gestão de caráter Inter setorial, com o objetivo de atender, no âmbito da política de assistência, através de um conjunto articulado de ações, crianças e adolescentes vitimados pela violência, enfatizando o abuso e a exploração sexual, além de criar condições que possibilitem às crianças e aos adolescentes vitimados e suas respectivas famílias, o resgate e a garantia dos direitos, o acesso aos serviços de assistência social, saúde, educação, justiça e segurança, esporte, lazer e cultura, guardando compromisso ético, político e a

multidisciplinaridade das ações.

Trata-se de uma política pública eficiente para o enfrentamento da violência sexual contra a criança e o adolescente, contudo, impõe a solidariedade em todas as esferas públicas e participação ativa da sociedade civil, justamente para se efetivar a trilogia da proteção integral.

## CONCLUSÃO

A evolução histórica dos direitos da criança demonstra que a infância e juventude passaram por diversas fases, desde a fase em que a criança era tratada como objeto sob julgo e poder do adulto, a fase em que era tratada como adulto em miniatura, a fase em que era tratada como objeto de proteção e assistencialismo por parte do Estado, sem o reconhecimento da condição de sujeitos de direito, até a fase atual em que conquistaram o *status* de sujeitos de direitos.

Nesse viés, a Convenção sobre os Direitos da Criança estabeleceu um novo paradigma para caracterização da infância, com o reconhecimento de novos direitos, impondo a adoção de um sistema global de proteção integral e de cuidados especiais, primando pelo melhor e superior interesse da criança.

A violência sexual no âmbito do agregado familiar, em especial o abuso sexual intrafamiliar, acontece em todas as partes do mundo, muito embora não seja possível precisar o número de casos e estabelecer uma estatística precisa, pois nesse tipo de violência impera o pacto do silêncio, o que mascara os índices e estatísticas de organismos públicos que apontam os casos de violência sexual intrafamiliar.

Buscou-se demonstrar que a violência sexual na modalidade abuso sexual intrafamiliar, gera mazelas em todos os seguimentos da vida da vítima, além de afetar as relações familiares e o sadio convívio familiar, importante para o desenvolvimento da criança e do adolescente, não bastando apenas um sistema legislativo repressivo, mas políticas públicas de atendimento e de acolhimento, tanto no âmbito individual como no âmbito familiar.

O problema da violência sexual intrafamiliar contra a criança e o adolescente abrange o aspecto histórico, cultural, social, econômico e jurídico, com graves consequências psíquicas, sociais, familiares, econômicas e jurídicas, cujo fenômeno é pluricausal, dispensando tratamento prioritário com vistas à concretização dos direitos humanos infanto-juvenis, consagrados no âmbito internacional e interno.

Dada a complexidade do fenômeno, posto que abrange o aspecto da intimidade da vida familiar e abala a própria estrutura familiar, não bastam ações legislativas e medidas repressivas para o combate e a erradicação desse tipo de violência contra a criança e o adolescente.

Com efeito, o sistema de proteção integral e especial à criança e ao adolescente requer

ações preventivas e restaurativas, sem prejuízo da intervenção repressiva, e é certo que também é elementar a intervenção no próprio agregado familiar por meio de equipe interdisciplinar, inclusive, buscando prevenir, cuidar, acompanhar e aconselhar os envolvidos direta e indiretamente, buscando amenizar as mazelas desse tipo de violência, cuja atuação do Estado deve ser integral para, justamente, destinar proteção integral e de acordo com o melhor interesse da criança e do adolescente.

## REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência sexual contra a criança e o adolescente: abordagem da violência sexual intrafamiliar de acordo com o sistema de proteção jurídico-legal brasileiro e português**. Curitiba: CRV, 2016

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. de Roberto Raposo. Revisão técnica e apresentação Adriano Correia. 11.ed. RJ: Forense Universitária, 2010.

\_\_\_\_\_. **Da Violência**. Tradução de Maria Claudia Drummond Trindade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova.Ed.Trad. Carlos Nelson Coutinho.

Apresentação Celso Lafer.Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente-SNDCA. Disponível em:

<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/acoes-e-programas/secretaria-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 02 jul de 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONANDA. Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra a Criança e o Adolescente. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Brasília, DF. Maio de 2013. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sedh/08\\_2013\\_pnevsca.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sedh/08_2013_pnevsca.pdf). Acesso em 30 jun de 2019.

DIAS, Isabel. **Violência na Família-Uma abordagem sociológica**. 2.ed.Porto-Portugal: Edições Afrontamento, 2010.

FALEIROS, Vicente de Paula (Org.). Relatório da Oficina de Trabalho do Centro de Referência, Estudos e Ações sobre a Criança e o Adolescente de Brasília. In: **Políticas Públicas e Estratégias contra a Exploração Sexual- Comercial e o Abuso Sexual Intrafamiliar de Crianças e Adolescentes**. Brasília:Ed. Ministério da Justiça/CECRIA), 1997.

- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri, SP: Manole, 2005.
- PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar**. 2ª. edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SANDERSON, Christiane. **Abuso sexual em crianças-fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia**. Revisão técnica Dalka Chaves de Almeida Ferrari. São Paulo: M. Books, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquema de análises, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SIQUEIRA JUNIOR, PAULO Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Prefácio de Marcus Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- OLIVEIRA, Antonia Teresinha de. **Políticas públicas e atividade administrativa**. São Paulo: Fiuza Editores, 2005.
- PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PORTO, Pedro Rui da Foutoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/2006-Análise crítica e sistêmica**. 2.ed. rev.e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

# O ATIVISMO JUDICIAL PENAL E A SUA RELAÇÃO COM A CULTURA DO PUNITIVISMO NO BRASIL

Ana Carolina de MEIRA<sup>1</sup>  
Carlos Miguel de MEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo se propõe a estabelecer uma relação entre o fenômeno do ativismo judicial em matéria penal e a cultura do punitivismo historicamente enraizada na sociedade brasileira, analisando o comportamento do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais pátrios, especialmente quando tais instituições agem de modo a expandir o *jus puniendi* através de sua atividade judicante. O problema é abordado levando em conta os recentes processos de criminalização pela via judicial de certas condutas, observando se houve ou não influência da opinião pública e dos veículos de comunicação de massa em tais decisões, bem como o problema do avanço do Poder Judiciário sobre a competência privativa do Congresso Nacional em legislar em matéria penal. A proposta metodológica do artigo foi verificar a procedência de três hipóteses levantadas previamente sobre a possível relação entre o punitivismo e o ativismo judicial, razão pela qual o método escolhido foi o hipotético-dedutivo aliado ao estudo bibliográfico e à análise jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Judiciário; Punitivismo; Ativismo Judicial.

## ABSTRACT

This article proposes to establish a relationship between the phenomenon of judicial activism in criminal matters and the culture of punitivism historically rooted in Brazilian society, analyzing the behavior of the Supremo Tribunal Federal and other courts, especially when such institutions act in a way expand *jus puniendi* through his judging activity. The problem is approached taking into account the recent processes of criminalization by judicial means of certain conduct, observing whether or not there was influence of the public opinion and the mass media in such decisions, as well as the problem of the advance of the Judiciary on the competence of the Congresso Nacional to legislate in criminal matters. The methodological proposal of the article was to verify the origin of three hypotheses previously raised on the possible relationship between punitivism and judicial activism, which is why the method chosen was the hypothetical-deductive allied to the bibliographic study and the jurisprudential analysis.

**KEYWORDS:** Justice; Punitivism; Judicial Activism.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, muito se tem discutido no âmbito doutrinário sobre ativismo judicial, de forma que em pouco tempo o mesmo se tornou tema de muitas produções acadêmicas apresentadas em simpósios, congressos e demais eventos que promovem discussões científicas na seara jurídica.

Entretanto, o que se encontra em debate muitas vezes ignora que tal instituto possui

---

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: anacarolina.meira@gmail.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: carlos.mssd@gmail.com.

também um aspecto cultural, podendo representar ou não um momento histórico de uma determinada sociedade, tendo em vista que o próprio Poder Judiciário se apresenta como um verdadeiro termômetro dos anseios políticos e ideológicos de um povo.

O estudo jurisprudencial revela uma evolução quando analisado do ponto de vista histórico-jurídico, podendo apresentar ao pesquisador que o seu objeto de pesquisa nada mais é do que mais um reflexo do contexto em que está inserido, sobretudo quando se trata de um contexto de grave crise institucional.

Portanto, surge, desde logo, um problema a ser superado: o ativismo judicial, atualmente uma realidade no Poder Judiciário, é um reflexo do atual momento histórico ou possui raízes mais antigas? Seria possível percebê-lo presente no decorrer da história? E, se o for, como se deu a sua manifestação e evolução através dos tempos?

Sendo o ativismo judicial um fenômeno presente na grande maioria dos regimes constitucionais modernos, cumpre analisar como o próprio sistema acaba por corrigir as suas próprias deficiências, como é o caso da mora legislativa em criminalizar alguns delitos e cumprir o comando constitucional.

Entretanto, tais correções, quando realizadas sob a baliza de influências políticas e não sob a luz da norma constitucional, podem acabar caindo em extremos incompatíveis com um regime constitucional de liberdades, especialmente quando inserido em um contexto em que o discurso punitivista se apresenta acentuado, erigindo o Direito Penal como *prima* ou *sola ratio*.

O objetivo desta pesquisa está em analisar de que modo o ativismo judicial em matéria penal está relacionado com a denominada cultura do punitivismo presente na sociedade brasileira, verificando se se trata de relação de causa-efeito constante/permanente ou esporádica/eventual. Com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais pátrios, busca-se identificar em que nível de causalidade essa relação.

## **1 O PUNITIVISMO NA HISTÓRIA DO BRASIL**

É iniludível que a cultura do punitivismo tem se expandido e se sustentado no Direito Penal, considerando-o um aparato de proteção ao longo dos anos. Desde os tempos coloniais, com uma grave acentuação no regime militar iniciado em 1964, o punitivismo fixou raízes árduas e custosas que perduram na sociedade até os tempos atuais.

A perpetuação desse ideal no Direito Penal se dá através de clamores punitivistas difundidos na sociedade, que cada vez mais procuram punir o infrator ao invés de estudar sobre o crime e suas causas. Outrossim, o ativismo judicial em matéria penal expansivo do *jus puniendi*, estimulado pela politização e mediação do Poder Judiciário, também é um fator que corrobora a

cultura do punitivismo no Brasil, como se verá no último tópico deste trabalho.

Adiante, passa-se a realizar uma retrospectiva histórica a fim de se identificar a presença do punitivismo em diferentes fases da experiência jurídica brasileira, observando em quais fases o mesmo se mostrou mais ou menos acentuado. A análise está dividida em três momentos distintos: **a)** Era Colonial; **b)** Era Imperial; **c)** Era Republicana.

### **1.1 O Punitivismo na Era Colonial**

Ainda que o estudo sobre o direito dos povos indígenas seja deveras incipiente na doutrina brasileira e sul-americana, através da técnica da pesquisa doutrinária pôde-se encontrar alguns registros que interessam muito ao desenvolvimento desta pesquisa. Observa-se a presença de certas práticas tipicamente punitivistas não somente do lado europeu-português, mas também do lado nativo-indígena.

Os primeiros documentos elaborados acerca do Direito Indígena são de origem europeia e foram escritos no século XVI, mais precisamente no ano de 1557. Esses primeiros registros foram escritos por Hans Staden, alemão, que produziu “Duas Viagens ao Brasil”, em que reservou um considerável espaço para o estudo da ordem jurídica entre os nativos brasileiros.

Além de Hans (1525-1579), houve também Florestan Fernandes que investigou as mais tenras raízes da tribo Tupinambá e concluiu que assim como a tribo Guarani, os primeiros também possuíam um modelo de “conselho tribal”:

O autor ensina que, a exemplo dos Guarani, possuíam também os Tupinambá uma espécie de conselho tribal, presidido pelos mais velhos, que tinha ampla competência, entre outras coisas, para decidir sobre assuntos relacionados às declarações de guerra e sobre o destino de algum prisioneiro. Igualmente, a vingança fundada no talião e em compensações diversas era parte do cotidiano desse grupo indígena. (PALMA, 2015, p. 322)

No que tange às principais regras presentes nesse documento, Fernandes, em seus estudos, deparou-se com regras que os Tupinambá deliberavam acerca da família, grupo que a tribo defendia com afinco, e tinha como principal objetivo manter a pureza e perenidade do mesmo.

Por isso, no ordenamento da tribo, casamentos entre tio e sobrinha, ou mesmo entre primos, não eram proibidos, e a menina também não era obrigada a casar-se, contudo, se dissesse não, estava sujeita às sanções impostas.

Na questão de divórcio, as regras não eram muito formais, podendo qualquer um dos cônjuges o requerer. Quando havia adultério, os homens não eram sujeitos a punições maiores, o que se diferenciava da realidade da esposa, que era punida e até mesmo morta pelo marido.

Quando as esposas estavam grávidas, eram proibidas de manter relações sexuais com o cônjuge, tendo em vista que para o direito Tupinambá esse tipo de prática nesse período era

considerado uma espécie de incesto.

Outro grande trabalho de caráter jus-sociológico foi realizado por Manuel Moreira, insigne magistrado argentino, sobre a tribo Mbya de origem Guarani, habitante de diversos territórios, inclusive no Brasil.

Esse povo, que adotava punições de acordo com a gravidade das infrações praticadas, tendo caráter arcaico e, por isso, caracterizada pela presença de rituais sagrados que permeavam as percepções jurídicas iniciais.

(...) os *Mbya* já pautavam a gradação das penas a serem aplicadas de acordo com a gravidade dos delitos praticados. É evidente que, em se tratando de um direito puramente arcaico, o sagrado passa a permear por completo as percepções jurídicas iniciais, fazendo dos ritos que incondicionalmente acompanham as punições o mecanismo para que o indivíduo alcance a devida expiação e, assim, ajuste seu comportamento indesejável à ordem ditada por meio social (PALMA, 2015, p. 321, grifo do autor)

A decisão dos crimes era pautada em sua gravidade, ou seja, o cacique, chamado na tribo de Opyguá ou mburuvichá, pronunciava-se sobre os delitos leves, enquanto a assembleia tribal, conhecida como Aty Guazú, tratava sobre as demais decisões: “Moreira até mesmo se refere à existência de uma espécie de ‘código penal Mbya’, sem, logicamente, querer dizer com isso que esse sistema de regras fosse escrito” (PALMA, 2015, p. 321).

Além disso, o autor também identificou o homicídio, o estupro e o rapto de mulheres como os delitos de maior gravidade para a sociedade Guarani.

No âmbito dessas sociedades ágrafas existiram diferentes modos de solução de controvérsias. É comum uma pessoa proeminente decidir sobre alguns crimes. No caso dos Mbya o “cacique” [Opyguá ou mburuvichá] se pronuncia acerca dos ‘delitos leves’, deixando a cargo de uma assembleia tribal (Aty Guazú) as demais decisões a serem tomadas. Moreira até mesmo se refere à existência de uma espécie de ‘código penal Mbya’, sem, logicamente, querer dizer com isso que esse sistema de regras fosse escrito. O autor identifica três delitos considerados de maior gravidade para a sociedade guarani, objeto de seu exame, quais sejam, o homicídio, o estupro e o rapto de mulheres e um sem-número de infrações mais brandas. (PALMA, 2015, p. 321)

Os nativos brasileiros, na época da colonização portuguesa, eram de origem indígena e possuíam suas crenças e costumes baseados no meio em que viviam. Apesar de serem separados geograficamente, a cultura e os aspectos linguísticos das tribos indígenas mais conhecidas, a Tupi, Guarani e Tupinambá, eram muito comuns.

Ainda que haja certo conhecimento sobre a cultura e a língua adotada na época, o mesmo é escasso, tendo em vista que hoje em dia encontram-se apenas vestígios da tradição indígena no período colonial.

Os colonizadores, mais especificamente os padres jesuítas, tinham como principal objetivo evangelizar esses povos e impunham uma crença cristã sem leques, por isso, os direitos primitivos dos índios locais foram sucumbidos pelas imposições portuguesas, rentando-se pouco para falar

sobre os mesmos.

(...) Mas o objetivo final dos padres guiados inicialmente por Manuel da Nóbrega (1517-1570) era o de evangelizar as populações nativas das colônias e refrear a todo custo as práticas religiosas consideradas não cristãs. Assim, consequentemente, sucumbem também os delineamentos de uma civilização milenar, dona de usos e costumes imemoriais, restando, por assim ser, muito pouco para de falar de seus direitos primitivos. (PALMA, 2015, p. 319)

Teólogos como Francisco de Vitória (1483-1546), Antônio de Montesinos (data de nascimento desconhecida-1545) e Bartolomé de las Casas (1474-1566), reconheceram a opressão dos portugueses para com os nativos, na maioria das vezes, cruéis e intensas e dedicaram-se a proteção dos índios através da autoridade doutrinal que possuíam.

Assim, gradativamente, essa luta foi sendo reconhecida como uma verdadeira problemática que circundava a sociedade da época. Contudo, a ocupação portuguesa e com ela a imposição de crenças e costumes, continuou sendo de caráter opressório, tendo em vista as punições autoritárias e violentas adotadas pelos portugueses no cenário da Inconfidência Mineira (1789), por exemplo, e os genocídios de milhares de índios durante a colonização.

Enquanto isso, na vanguarda ibérica, coube ao teólogo espanhol Francisco de Vitória (1483-1546) contestar, com autoridade doutrinal que lhe era peculiar, o modelo de ocupação responsável pela opressão e pelos indizíveis tormentos infligidos aos nativos do Novo Mundo (...). Outros como Antônio de Montesinos (data de nascimento desconhecida-1545) e Bartolomé de las Casas (1474-1566) igualmente se converteram à nobre causa da defesa dos índios e as vozes desses notáveis intelectuais da Igreja começam, ainda que de forma incipiente, a chamar a atenção dos círculos acadêmicos para a problemática em torno da questão. (PALMA, 2015, p. 320)

Durante o período colonial, também como marco do punitivismo empregado na sistematização do Direito, foram adotadas as “Ordenações do Reino”, conhecidas também como “Ordenações Reais”, que tratavam de regras jurídicas de Portugal, entre os séculos XV e XVII.

Exemplos marcantes das Ordenações foram as Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e o diploma português vigente na época e mais conhecido atualmente, as Ordenações Filipinas (1603), que tratavam sobre as punições, com caráter impetuoso, aplicadas aos crimes contra os dogmas e a fé, sobre as discriminações impostas aos judeus e mouros, aos crimes de lesa-majestade e delitos correlatos, da inviolabilidade de correspondência e dos segredos, sobre a moeda falsa, da preservação ambiental e dos crimes de natureza sexual.

Conclui-se, portanto, que o direito no período colonial do Brasil (1500-1822) não surgiu naturalmente como em outros países e outras culturas, o mesmo foi imposto por uma vontade monolítica em estar à frente das relações sociais, dando início e base ao ordenamento jurídico atual.

## **1.2 O Punitivismo na Era Imperial**

O período do Brasil Império foi de 1822 a 1889, começando com o marco da

independência do país e terminando com a Proclamação da República Brasileira. Nessa época surgiram as primeiras codificações que foram a Constituição de 1824, o Código Criminal (1830), o Código de Processo Criminal (1832) e o Código Comercial (1850) e logo em seguida, foram adotadas as leis abolicionistas como a Lei Euzébio de Queirós (1850), Lei do Ventre Livre (1871), Lei dos Sexagenários ou Saraiva-Cotegipe (1885) e, por fim, a Lei Áurea (1888).

A cultura punitivista mostra-se muito forte nesse período tendo em vista a elaboração dos dois influentes Códigos Criminais, o primeiro em 1830, que vigorou 60 anos, e o segundo, Código do Processo Criminal de 1832, que alterou integralmente as formas de procedimento penal então vigentes, herdadas da codificação portuguesa.

Além disso, esse período foi marcado pelas leis abolicionistas adotadas pelo Império a uma inumerável massa de escravos africanos que distantes de sua terra natal, eram sujeitos a maus-tratos e submetidos às imposições dos senhores de engenho e demais líderes.

Ainda que os Códigos Criminais elaborados em meio ao Império tenham se desenlaçado das penalidades rigorosas da codificação portuguesa, adotando penas como a privação da liberdade em alguns casos (art. 47 do Código Criminal de 1830), resquícios faziam-se presentes em alguns artigos dos mesmos, todavia, mais marcantes no Código Criminal em vista do Código Processual.

O Código de 1830, por exemplo, adotou o conceito de culpabilidade, que passava a ser equidistante no ato criminoso e não na pessoa deste com a punição proporcional ao delito cometido. Mesmo que tenha eliminado as mutilações e os castigos corporais rigorosos, características marcantes da codificação dos colonizadores, ainda adotava a medida de morte, açoites e galés, o que foi muito questionado pelo parlamento da época.

A discussão no parlamento em torno da inclusão no Código das penas de morte e de galés gerou intensos debates no último ano da primeira legislatura (1826-1829). O parecer da comissão mista do Senado e da Câmara desejou suprimir a pena de morte devido à inutilidade de sua aplicação, mas ressaltou que no estágio em que se encontrava a população do Brasil, cuja educação primária não era generalizada, sua manutenção era uma triste necessidade. A comissão confiava, portanto, na intervenção do Poder Moderador, para comutar a pena capital quando conviesse (sessão de 31 de agosto de 1829 apud MALERBA, 1994, p. 145)

O Código de Processo Criminal, de 1832, por sua vez, rompeu energeticamente com as Ordenações Filipinas de 1603, que previa penas severas e variadas para os delitos, excluindo os majoritários dessas punições.

Entretanto, a maior influência ao Código de Processo Criminal Brasileiro foi, certamente, devida ao Código de Instrução Criminal Francês de 1808 (*Code d'Instruction Criminelle*), produto da Era Napoleônica, que demonstrava acentuada inspiração liberal (...) Apesar da longa vida de nosso primeiro Código de Processo Criminal de Primeira Instância, cuja vigência atravessou todo o período imperial, não tardaria a legislação a sofrer sensíveis alterações. Elas ocorrem com a Lei de 3 de dezembro de 1841 (regulada pelo Decreto n. 120, de janeiro de 1842) e, posteriormente, pela Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 (regulada pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871) (PALMA, 2015, p. 370, 371,

grifo do autor)

Durante o período imperial do Brasil, quando a escravidão era florescente na sociedade, cominou-se ideais abolicionistas de ingleses que pressionaram para que a escravidão fosse abolida no país.

Mesmo que os britânicos afirmassem que essa pressão era de cunho humanitário, os interesses econômicos estavam a frente, uma vez que, com os escravos livres, o lucro na economia iria crescer devido ao aumento do mercado consumidor.

Outrossim, as manifestações internas no país, as fugas dos escravos e revoltas como a Balaiada (1838) e a Revolta dos Malês (1835) também aumentaram gradativamente, o que somou na pressão sobre o Brasil para libertá-los.

As Leis abolicionistas foram adotadas no decorrer dos anos, a primeira, conhecida como Lei Euzébio de Queirós, de 1850, tinha como principal objetivo, por meio do Ministro da Justiça, Euzébio de Queirós, erradicar o tráfico de escravos, atividade muito pertinente na época, todavia, não surtiu efeitos imediatos, e por isso, foi apelidada pelo jargão “Lei para inglês ver”, o que mostra que as punições cruéis contra os escravos e com isso o tráfico dos mesmos, ainda perduraram por um bom tempo no Brasil.

Após essa lei, também foi adotada a Lei do Ventre Livre (1871) sancionada pela Princesa Isabel, que tinha cunho libertário, em que os filhos das mulheres escravas eram considerados livres, e ficariam sob responsabilidade dos senhores até os seus 21 anos. Entretanto, não gerou eficácia, mas corroborou para o declínio do regime de escravidão.

Normalmente ocorria a primeira situação, em que os jovens, apesar de livres, por não quererem se distanciar de seus familiares e, ainda, por não acalentarem a menor perspectiva de vida, bem como as condições necessárias ao provimento da própria subsistência e devido à dificuldade no processo de inserção social, procuravam não se ausentar para longe de seus entes queridos, o que fez do presente dispositivo legal mais uma regra meramente inócua, considerando-se, na prática, a continuidade do estado de servilidade a que estavam submetidos. Numa segunda hipótese admitida, seriam os menores encaminhados a “associações”, conforme previsão legal. Ocorre que essas mesmas instituições, que eram devidamente credenciadas pelo Estado, “terão direito aos serviços gratuitos dos menores até a idade de 21 anos completos, e poderão alugar esses serviços” (art. 2º, § 1º) (PALMA, 2015, p. 385)

A Lei dos Sexagenários ou Saraiva-Cotegipe, adotada em 1885, por sua vez, tratava sobre a libertação dos escravos que continham 60 anos de idade, em que os mesmos poderiam ser livres após essa idade, contudo, ainda eram obrigados a prestar serviços aos seus ex-senhores por um período de três anos.

Se os mesmos não obedecessem a essa lei, eram punidos com “15 dias de prisão com trabalho e de ser enviado para alguma colônia agrícola no caso de reincidência” (art. 3º, §18), o que mostra que a punição ainda possuía raízes fortes até a Lei Áurea entrar em vigor.

Em 1888, a lei que pôs fim ao regime escravista no Brasil foi sancionada pela Princesa Isabel, chamada de Lei Áurea, Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888, que continha apenas 2 artigos objetivos e claros que dispunham sobre a extinção da escravidão no Brasil, unindo todos aqueles conjuntos de regras presentes nas leis anteriores de cunho abolicionista.

**LEI Nº 3.353, DE 13 DE MAIO DE 1888.** Declara extinta a escravidão no Brasil. A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador, o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléa Geral decretou e ela sancionou a lei seguinte: Art. 1º: **É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.** Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário (BRASIL, 1888, grifo nosso)

### 1.3 O Punitivismo na Era Republicana

Durante a República Velha (1889-1930), época muito conhecida e estudada na história brasileira, o direito brasileiro deu um grande salto, tendo em vista a criação do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, em 1890, que foi muito criticado por boa parte dos estudiosos desse período que afirmavam que os brasileiros estavam diante de um “péssimo código”, com muitos equívocos e deficiências, como dizia o renomado escritor Cezar Bitencourt.

Na visão de outros, como Júlio Fabbrini Mirabete, o Código Penal havia abolido a pena de morte e pregava um regime penitenciário de caráter correccional, entretanto, o mesmo autor afirmava que apesar disso, haviam ainda muitas falhas pelo fato do documento ter sido elaborado rapidamente.

Ainda que tenha tido vigência por uma década na história brasileira, o Código Penal de 1890 não foi anteriormente bem recepcionado, sendo corroído e assim refletindo suas falhas no ordenamento jurídico criminal brasileiro, que foi à falência durante a República Velha.

Já na Terceira República, caracterizada principalmente pelo seu regime autoritarista, mais conhecida como Estado Novo, período em que Vargas liderava, ficou arduamente marcada pelo seu governo severo, que foi depois considerado o precursor da ditadura militar de 1964.

Nesse ínterim, estava culminando a elaboração do Código Penal Brasileiro de 1940, o terceiro de nossa história, que absorveu a tradição autoritária e foi influenciado severamente pelas leis rígidas da época, algumas delas perdurando até hoje no ordenamento jurídico brasileiro.

O código elaborado através do Projeto de Alcântara Machado, foi resposta da necessidade do aperfeiçoamento da legislação criminal brasileira, sendo influenciado pelo Código Rocco (1930), conhecido por Código Penal da Itália, e também pelo Código Helvético (1937).

Um dos avanços conquistados na redação do referido Código, foi a não adoção à pena de morte e a base de inspiração em uma tradição liberal, que também não propôs a prisão perpétua, presente no modelo italiano.

Contudo, em algumas de suas matérias, como na disciplina dos crimes de organização do

trabalho, ainda apareceram características adotadas da inspiração do Código Rocco, que adota uma repressão aos casos ilícitos relacionados à greve.

Tempos depois da promulgação desse importante documento, em 1941, foi elaborado o Código de Processo Penal, que completou a reforma do Direito Judiciário do Brasil, que o governo de Vargas tinha planejado organizar.

Após o desenlace da Era Vargas, analogamente ligada à essa época sucedeu-se o regime ditatorial de 1964 e com ele o declínio dos direitos sociais e o fortalecimento do poder econômico e político das classes majoritárias, caracterizando a época, como a mais ríspida da história do Brasil, em razão da aderência da punição por meio da repressão, censura, perseguição e sobretudo da tortura que denegria a dignidade humana e assim colocava-se acima dos Direitos Humanos, cultivando ainda mais a cultura punitivista do país.

Nesse período, foi instalado o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), que teve a duração do ano 1968, com início no governo de Costa e Silva até o final da ditadura, salvante no governo do penúltimo militar, Ernesto Geisel, de 1974 a 1979.

Esse conselho foi instaurado com o intuito de haver uma maior discussão sobre os Direitos Humanos, todavia, o mesmo serviu basicamente para fortalecer o regime como democrático e constitucional, tendo o seu objetivo principal sido sopeado pelo governo dos militares.

Além disso, observa-se que o punitivismo não esteve somente presente nos discursos políticos e ideais pregados pelo governo ditatorial. Através dos chamados atos institucionais, sobretudo do AI-5, o punitivismo estava institucionalizado como uma verdadeira política penal.

A violência perpetrada pelo Estado através de tais atos, suprimindo garantias processuais e expandindo de forma demasiada a força punitiva do Estado, teve o seu auge exponenciado por encontrar em grande parte da opinião pública uma legitimação ideológica, especialmente por conta do aparelhamento estatal dos meios de comunicação.

## **2 O ATIVISMO JUDICIAL PENAL**

Antes de adentrar na questão principal desse tópico, cumpre delimitar o objeto de pesquisa partindo de uma análise terminológica do fenômeno denominado “ativismo judicial”. No primeiro momento, afasta-se a pretensão de se debruçar sobre as peculiaridades existentes da sua ocorrência em matéria de Direito Penal.

Após deduzir o conceito de ativismo judicial a partir de uma análise terminológica, inicia-se o estudo do fenômeno propriamente dito, na tentativa de identificar as principais causas e aspectos do ativismo judicial e a sua ocorrência, tendo como foco o seu desenvolvimento no contexto histórico-jurídico brasileiro pós-Constituição de 1988.

E por fim busca-se verificar as características do objeto quando de sua ocorrência em matéria de Direito Penal, analisando a influência do elemento político sobre o elemento jurídico e as demais variáveis, tendo como objetivo dar suporte às ideias desenvolvidas no último capítulo desse trabalho.

## 2.1 Considerações Gerais e Terminológicas

O termo *ativismo* diz respeito genericamente a uma atitude proativa, na qual uma determinada pessoa ou instituição age de modo atuante e determinante na realidade dos fatos e das coisas sob as quais o seu agir exerce ou pode exercer influência.

Entretanto, tal atuação, a despeito do que se pode deduzir do sufixo “-ismo”, nem sempre se dá de maneira constante e sistemática, podendo muitas vezes se apresentar de forma isolada e esporádica, conforme se verá mais adiante.

No caso do *ativismo judicial*, o que se tem em conta é um exercício criativo por parte dos juízes e tribunais de contribuir de forma inovadora para a criação do Direito. A sua contribuição, porém, nem sempre está adstrita à função típica do Poder Judiciário, muitas vezes avançando sobre as competências constitucionais dos demais poderes.

Entende-se por *ativismo judicial* o papel criativo de tribunais ao contribuírem, de forma inovadora, para a construção do direito, decidindo sobre as peculiaridades do caso concreto e formando, por conseguinte, o precedente jurisprudencial, de forma antecipada à edição da lei. (POZZEBON E FALAVIGNO, 2016, p. 112)

Contudo, cumpre distinguir conduta ativista do próprio *ativismo judicial*, uma vez que este trabalho, ao se utilizar o termo *ativismo*, nem sempre tem em conta um conjunto organizado de decisões e acórdãos, podendo se referir a uma única decisão em que o juiz ou tribunal em estudo agiu com atitude ativista.

Em outras palavras, o *ativismo judicial* referido neste tópico não se limita ao estudo do fenômeno jurídico-social de maneira genérica e distante da realidade social brasileira. O que se propõe é estudar as razões, as principais características e as consequências desta atividade nos casos específicos, com enfoque nos que versam de Direito Penal.

Barroso corrobora esse entendimento ao considerar que aquilo que a doutrina entende por *ativismo judicial* não se caracteriza somente quando ocorre um reiterado posicionamento ativista por parte da corte. Pelo contrário, pode ser identificado como uma atitude institucional diante de um caso concreto:

O *ativismo judicial* é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 6)

Dessa forma, considerando que o ativismo judicial pode ser identificado tanto de modo abstrato quanto de modo concreto, ou seja, tanto como um fenômeno jurídico-social propriamente dito quanto uma atitude jurisdicional em um caso específico, permite-se uma maior elasticidade do termo e, conseqüentemente, maior liberdade no desenvolver da pesquisa.

O objeto desta pesquisa é um fenômeno jurídico social moderno, presente em diversas formas de governo, sistemas jurídicos e modelos de controle de constitucionalidade. Não se trata, portanto, de uma ocorrência isolada das democracias ocidentais, como *a priori* se pode imaginar pelo volume de doutrinas sobre o assunto produzidas nestes países.

É, entretanto, um fato contemporâneo que tem suas raízes bem fixadas no constitucionalismo moderno, cujos princípios, hodiernamente, estão presentes em quase todos os países do mundo, muito por conta do que Campos identifica como “expansão da jurisdição constitucional”:

A realidade, portanto, é que a expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicial tem sido mundial. O fenômeno está presente em países que já estabilizaram a política democrática, assim como naqueles em vias de estabilização e de transformação social; ocorre tanto em países do sistema *common law* quanto do *civil law*; em países que adotam, indiferentemente, o modelo concentrado, difuso ou um modelo misto de controle judicial de constitucionalidade; como visto, não é algo exclusivo do “mundo ocidental” e há até que afirme que o ativismo judicial pode ser uma estratégia mesmo em regimes ditatoriais. (CAMPOS, 2014, p. 25)

Seja em vias de democratização ou em caráter consolidado, o ativismo judicial se faz presente e encontra asilo em praticamente a totalidade das democracias modernas, já que o avanço na busca pela efetivação dos direitos humanos, internalizados nacionalmente por meios das constituições na modalidade de *direitos fundamentais*, acaba por gerar o que a doutrina denomina de “expansão da jurisdição constitucional”.

Portanto, uma vez que se encontra globalizado, a análise da sua ocorrência isolada no caso brasileiro, especialmente no regime constitucional instaurado com o advento da Constituição de 1988, inevitavelmente acabará por ter como parâmetro o direito comparado, pois o debate se encontra em estágio avançado na doutrina americana e alemã.

## **2.2 O Ativismo Judicial pós-Constituição de 1988**

No caso brasileiro, especificamente, o ativismo judicial começa a tomar forma e consistência com o advento da Constituição de 1988, que além de apresentar um rol extenso e ampliativo de direitos e garantias fundamentais, traz consigo diversos mecanismos de internalização via constitucional de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Por se tratarem de direitos cuja própria natureza compreende a universalização de sua

aplicação, o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional se torna um efeito inevitável. Quanto mais o debate público se aproxima de questões essenciais à dignidade da pessoa humana, mais o Poder Judiciário é visto como um meio de efetivação e consolidação desses direitos.

É nesse sentido que a doutrina começa a desenvolver ideias de um Poder Judiciário menos coadjuvante e mais participativo, superando a clássica visão do juiz/tribunal inerte e adstrito aos termos da lei para juízes e tribunais constitucionalizados, preocupados com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Segundo Campos, após o advento da Carta Magna de 1988 e todas as mudanças dela advindas, o Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, acabou por alterar a sua relação com os demais poderes da República, tornando-se mais atuante:

Com essas mudanças, verificadas a partir da Constituição de 1988, o Supremo elevou o padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro. (CAMPOS, 2014, p. 19)

O Supremo Tribunal Federal, especialmente, após a redemocratização, passou a desempenhar um papel central dentro do contexto político-social brasileiro, julgando casos de ampla importância política e, muitas vezes, assumindo muitas vezes posições contra majoritárias e entrando em conflito com os demais poderes.

A suprema corte constitucional passa a exercer papel central no jogo democrático e a ganhar visibilidade política e midiática, pois as suas decisões passam a ser determinantes para pôr fim a embates políticos-ideológicos efervescentes, como foi o caso da recente decisão sobre a criminalização da homofobia via judicial (vide ADO nº 26 e MI nº 4733).

O Poder Judiciário, por sua posição privilegiada na disposição constitucional dos poderes, passa a ser visto como a grande escudo de defesa e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, especialmente diante da crise de legitimidade que assola o ambiente democrático brasileiro, como expõe Luís Roberto Barroso:

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. (BARROSO, 2012, p. 9)

A crise na legitimidade dos demais poderes, especialmente em razão dos graves escândalos de corrupção envolvendo membros do Executivo e do Legislativo, acaba por fazer com que a opinião pública – muitas vezes estimulada pelos meios de comunicação em massa – deposite no Judiciário a esperança da moralidade e da integralidade, que passa a ganhar holofotes midiáticos e a estampar as primeiras páginas dos jornais diários.

E é exatamente a partir desse momento que o fenômeno do ativismo judicial acaba por

ganhar espaço, diante de uma situação de retração dos demais poderes em exercer a sua competência constitucional, prejudicando a plena efetivação dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, ao ser acionado diante de tal impasse, acaba por atuar de modo a interpretar a Constituição de modo proativo, expandindo o alcance de sua norma.

### 2.3 O Ativismo Judicial em Matéria Penal

Ocorre que, em certos casos, o bem jurídico posto em discussão já está ou deveria estar tutelado penalmente pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, fazendo com que a corte interprete a Constituição de modo a expandir ou a restringir alguma garantia penal ou processual penal em prol de uma maior efetivação de um direito fundamental.

Nesses casos, ocorre o que os juristas denominam *ativismo judicial em matéria penal*, que nada mais é do que o “o papel criativo de tribunais ao contribuírem, de forma inovadora, para a construção do direito, decidindo sobre as peculiaridades do caso concreto e formando, por conseguinte, o precedente jurisprudencial, de forma antecipada à edição da lei” (POZZEBON E FALAVIGNO, 2016, p. 112).

Entretanto, sabe-se que o Direito Penal, por ser um ramo da ciência jurídica absolutamente importante e estratégico para a efetivação de um regime constitucional de liberdades, não dispõe do mesmo processo de criação e edição de leis do que os outros ramos do Direito, possuindo princípios próprios para a criação de leis.

Dessa forma, ainda que realizado por meio da via judicial, toda e qualquer criminalização ou descriminalização, restringindo ou ampliando o *jus puniendi* do Estado, deve observar os princípios consagrados pelo estatuto epistemológico do Direito Penal, positivados em nosso ordenamento jurídico.

Segundo Pozzebon e Falavigno, somente em um único sentido assiste ao Poder Judiciário atuar ativamente nessa matéria:

Nesse sentido, pode-se verificar que a aplicação do instituto em sede de direito penal só pode dar-se em um único sentido, tendo em vista o princípio da legalidade como teto da norma punitiva, e a teleologia do movimento ativista, qual seja, a efetivação material dos direitos fundamentais, o que vem ao encontro da forma como estruturado o sistema penal brasileiro de base constitucional. (POZZEBON E FALAVIGNO, 2016, p. 113)

Contudo, por conta do atual contexto histórico-político brasileiro, mergulhado na polarização ideológica do debate público, o Supremo Tribunal Federal vem atuando ativamente mais no sentido de sanar com os anseios públicos do que propriamente levando em conta as peculiaridades jurídicas do caso.

A sobreposição do elemento político ao elemento jurídico na *ratio decidendi* dos membros

do Supremo Tribunal Federal vem modificando entendimentos jurisprudenciais há muito consolidados, avançando demasiada e discricionariamente sobre as competências e as prerrogativas constitucionais dos demais poderes.

E sendo o elemento político composto por diversos valores consubstanciados em ideais, observa-se que diante de um caso de grande relevância para o debate público, como por exemplo a prisão em segunda instância de um ex-Presidente da República ou a criminalização da homofobia, o ideal punitivista se verifica presente tanto do lado esquerdo quanto do lado direito do espectro político.

Nesse sentido, no próximo tópico deste trabalho, verificar-se-á se o fenômeno do ativismo judicial em matéria penal é apenas um reflexo dos ideais punitivistas enraizados na cultura brasileira ou se se trata apenas uma resposta institucionalizada a essa cultura em casos específicos.

### **3 DA RELAÇÃO ENTRE O INSTITUTO E O ELEMENTO CULTURAL**

O presente tópico visa analisar a procedência das três principais hipóteses levantadas previamente entre o punitivismo e o ativismo judicial, tendo como base os conceitos e as ideias apresentadas nos dois primeiros tópicos.

Partindo do pressuposto que o Poder Judiciário brasileiro, historicamente, se apresenta como um meio de legitimação e institucionalização do punitivismo, o fenômeno contemporâneo do ativismo judicial poderia com ele estar relacionado, hipoteticamente, sob três formas, quais sejam: **a)** hipótese da relação nula/inexistente; **b)** hipótese da relação constante/permanente; **c)** hipótese da relação esporádica/eventual.

Nos subtópicos a seguir, através do método hipotético-dedutivo desenvolvido por Karl Popper, passa-se a explicitar e a analisar cada uma dessas três possíveis relações entre a denominada cultura do punitivismo e o objeto de estudo desta pesquisa, a saber: o ativismo judicial penal.

#### **3.1 Da Hipótese da Relação Nula ou Inexistente**

A primeira hipótese a ser analisada se constitui na mais básica e simples das três, uma vez que toda e qualquer teoria que se preze deve antes considerar a possibilidade sua própria inexistência. A **hipótese da relação nula ou inexistente** entre a cultura do punitivismo e o ativismo judicial é aquela em que se considera não haver entre esses dois fenômenos socioculturais nenhuma relação, por mínima que seja.

Com base nos fatos históricos documentados e trazidos à luz pela pesquisa doutrinária

utilizada no primeiro tópico deste artigo, é cediço que desde a consolidação do Brasil como uma nação organizada, ainda que vinculada ao governo real português através das chamadas “Ordenações do Reino”, a administração da Justiça sempre prezou - e ainda preza, muitas vezes - pelo caráter repressivo do Direito Penal.

Tal política busca exercer um controle social do crime de maneira a reprimi-lo, quase sempre na tentativa de inibir a sua reincidência. Dessa forma, a tipificação legal, o inquérito policial e o processo criminal, fases inerentes à experiência jurídica penal, são organizados na tentativa de coagir o destinatário da norma a não praticar determinada conduta e, se praticar, não voltar a fazê-lo.

De todas essas fases, o processo criminal figura como elemento central, pois é justamente na aplicação da pena que reside o elemento subjetivo do juiz, onde o mesmo, investido de magistratura, realizará a subsunção, ou seja, a aplicação da norma abstrata ao fato concreto de acordo com aquilo que está determinado pela lei penal.

É nesse momento que se pode identificar a improcedência da hipótese sob análise, pois a aplicação da pena pelo magistrado, seja ou não em caráter ativista, é fenômeno jurídico-social inseparável do elemento cultural, tendo em vista que o juiz, como ser-humano dotado de razão e sujeito às influências histórico-culturais do seu tempo, não pode se eximir da sua própria consciência antes de aplicar o Direito.

E sendo o ativismo judicial nada mais do que uma forma de interpretar a lei penal e a Constituição Federal, temeroso seria, do ponto de vista dos preceitos das ciências culturais, afirmar que não haveria qualquer relação entre tal atividade hermenêutica e o punitivismo historicamente enraizado no meio cultural do qual aquele determinado magistrado faz parte.

Do contrário, seria possível considerar a atividade judicante como um fenômeno cultural hermético, dotado de absoluta e completa isenção em relação aos demais. Nesse entendimento, Pozzebon e Falavigno afirmam que o punitivismo ainda exerce absoluta preponderância na mentalidade dos operadores do Direito no Brasil:

Em que pese a mentalidade da classe judiciária, no Brasil, seja ainda majoritariamente punitivista, principalmente sendo o magistrado hoje demandado como se agente de segurança pública fosse, é possível vislumbrar, no seio dessa sociedade sem certezas, manifestações do que se denominou, a título genérico, ativismo judicial. (POZZEBON e FALAVIGNO; 2016, p. 107)

Não subsiste também tal hipótese quando se atenta para o problema do ponto de vista histórico, tendo em vista que ainda em períodos mais recentes, como à época dos regimes militares do período republicano, a cultura do punitivista atingiu o seu auge, tendo sido institucionalizada no ordenamento jurídico brasileiro através de mecanismos de repressão policial e judicial da

criminalidade.

Em outras palavras, pode-se se afirmar, baseado na experiência jurídica brasileira do período republicano documentada no primeiro tópico deste trabalho, que mesmo dentro de um sistema penal de garantias constitucionais a cultura do punitivismo pode subsistir e estar não somente **institucionalizada**, como também **legitimada**.

A legitimação pode ocorrer em virtude da própria aplicação da pena, onde se dá, muitas vezes, a expansão exagerada do *jus puniendi*, contrariando até mesmo disposições de natureza constitucional, como se pode observar no julgamento do HC 152752 - PR. Nesse precedente do STF, o elemento político, conforme observado no subtópico 2.3 deste artigo, se sobrepôs ao elemento jurídico, determinando o resultado da decisão.

O Supremo Tribunal Federal, em clara afronta ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e à própria jurisprudência da corte, manteve a condenação penal em segunda instância do réu Luiz Inácio Lula da Silva. O julgamento, claramente influenciado pelo simbolismo político da figura do réu, teve como marca uma interpretação expansiva do *jus puniendi* mediante uma decisão judicial, suprimindo uma garantia processual fundamental.

Portanto, em conclusão ao falseamento da hipótese levantada *a priori*, é insustentável a premissa de que não há entre o ativismo judicial e a cultura do punitivismo qualquer relação, ainda que mínima, afastando por completo dos resultados deste trabalho por completo a hipótese da relação nula/inexistente.

Por se tratar de uma forma específica de se interpretar a Constituição e a legislação infraconstitucional, ou seja, uma atividade propriamente judicante, o ativismo judicial é realizado por juízes e tribunais sujeitos às mais variadas influências históricas, políticas e sociais do seu tempo, não se tratando de um fenômeno cultural hermético.

### 3.2 Da Hipótese da Relação Constante/Permanente

A segunda hipótese a ser observada é a mais abrangente das três, tendo em vista que são poucos os fenômenos nas ciências culturais que possuem relação de causalidade absoluta ou quase absoluta, na maioria das vezes se inter-relacionando de maneira causal relativa, dependendo de inúmeros outros elementos externos para se configurar.

A chamada **hipótese da relação constante ou permanente** entre o punitivismo e o ativismo judicial considera que entre ambos há uma relação direta de causa e efeito, sendo o último um reflexo direto desse ideal enraizado na cultura judicial brasileira, conforme devidamente exposto anteriormente.

Necessário se torna, contudo, reiterar que o ideal punitivista não surgiu no Brasil e muito

menos é exclusividade do Direito Penal brasileiro. Trata-se de uma ideia que se apresentou de muitas formas e em várias épocas da humanidade, tendo ainda ocupado um lugar de destaque na política penal de muitas nações contemporâneas.

Carlos Alberto Baptista, em sua obra “Crescimento da Criminalidade e a Atuação Estatal”, identifica o pensamento punitivista como uma oposição ao garantista. Enquanto este consagra a ideia do Direito Penal de *ultima ratio*, ou seja, como a última forma de se resolver os conflitos sociais, o punitivismo apresenta o Direito Penal de *prima ou sola ratio*, isto é, como a primeira ou, até mesmo, a única forma para atingir esse fim:

É o panpenalismo, a eleger o Direito Penal como único remédio de tratamento dessa patologia, afastando-se de sua característica de *ultima ratio* e transformando-o em *prima ratio* ou *sola ratio*, traduzindo uma “bastardização desse instrumento de controle social”. (BAPTISTA, 2007, p. 216)

Entretanto, sabe-se que o ideal punitivista encontra forte resistência dentro dos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito, não se tratando de uma generalidade dentro da atuação Poder Judiciário, como pretende a hipótese sob análise. Ainda que esteja culturalmente enraizado, a sua relação com a atividade judicante e, portanto, com o ativismo judicial não se dá em virtude de uma causalidade absoluta.

Pelo contrário, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência, bem como a própria atividade legislativa em alguns momentos, têm caminhado justamente no sentido oposto dessa cultura, na tentativa de minar o punitivismo ainda muito presente dentro do nosso sistema judicial, buscando institucionalizar os princípios do que se achou por bem denominar “garantismo penal”.

Dessa forma, conclui-se que **o ativismo judicial em matéria penal, ainda que por vezes expansivo do *jus puniendi*, não é um reflexo direto da cultura punitivista da sociedade brasileira**, visto que a mesma não apresenta uma generalidade suficiente para abranger o objeto a ponto de constituir com ele uma relação de causalidade absoluta, estando, portanto, a hipótese em análise também falseada.

### 3.3 Da Hipótese da Relação Esporádica/Eventual

A derradeira hipótese a ser analisada é aquela que procura estabelecer entre ambos os objetos uma relação de causalidade mais branda, mostrando-se presente apenas em algumas decisões judiciais específicas. A hipótese da relação esporádica/eventual entre o punitivismo e o ativismo judicial considera que somente após a conjunção de determinados elementos históricos, políticos e sociais é que tal relação se torna possível.

Aqui, vale reforçar a determinação terminológica estabelecida ainda do primeiro tópico deste trabalho, que entende que o termo *ativismo judicial* pode se referir tanto a uma atividade

constante de um tribunal nesse sentido quanto a uma atividade meramente eventual, isto é, que se manifesta de modo esporádico em casos específicos.

É justamente nesse sentido que a atual hipótese pode ser corroborada, uma vez que o ativismo judicial se torna um instrumento de institucionalização do punitivismo quando deixa de buscar a efetivação material dos direitos fundamentais e age de modo a restringir liberdades públicas essenciais para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

Observa-se que a expansão do *jus puniendi* mediante ativismo judicial, por vezes realizada sob o argumento da retração do Poder Legislativo em criminalizar determinada conduta seguindo o comando constitucional, na maioria das vezes se manifesta em resposta a clamores de grupo sociais e movimentos políticos, contrariando os limites constitucionais e ampliando de modo demasiado o tipo penal e até mesmo, em alguns casos, fazendo analogia *in malam partem*.

No julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 686.965 - DF, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a imprescritibilidade também se estende aos crimes de injúria racial definidos na L. 7.716/89, condenando o blogueiro Paulo Henrique Amorim pelo crime de *injúria racial* três anos após a conduta ter sido realizada, sendo que à época, devido à sua idade de mais de 70 anos, a prescritibilidade dar-se-ia em dois anos.

O relator do caso Ministro Ericson Marinho, seguido por seus colegas da 6ª da Turma, entendeu que “*Este crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo.*” (STJ, 2015). A decisão foi posteriormente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso em questão, observa-se que em decorrência da prescritibilidade do crime de injúria racial ter sido levada a cabo por conta da idade do réu, o Superior Tribunal de Justiça realizou analogia *in malam partem* com o crime de racismo, definido como imprescritível pela Constituição Federal, ampliando o *jus puniendi* e restringindo uma garantia fundamental.

Recentemente, no julgamento conjunto da Ação Direta de Omissão nº 26, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), e do Mandado de Injunção 4733, ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGTL), o Supremo Tribunal Federal equiparou ao crime de racismo toda e qualquer conduta *homofóbica* ou *transfóbica*, até que o Congresso Nacional legisle nesse sentido. Segue a decisão:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) **reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional** na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o **mandado de incriminação** a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103,

§ 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para **enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.** (STF, 2019, grifo nosso)

Observa-se que a hipótese em análise se corrobora no sentido de que tal relação entre o punitivismo e o ativismo judicial somente se manifesta em casos específicos, não se constituindo em uma característica constante da atividade judicante, somente podendo ser identificada através do estudo jurisprudencial casuístico dos anais dos tribunais pátrios.

Entretanto, sabe-se que o precedente de tais decisões é justamente uma interpretação extensiva da norma penal, definido de tal forma levando em conta o momento histórico e o contexto político-ideológico em que se insere, podendo a corte, mais adiante, encampada por tal decisão jurisprudencial, ampliar ainda mais esse tipo penal ou de outros tipos penais, contrariando o princípio constitucional da reserva legal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que a relação entre o punitivismo e o ativismo judicial se dá de modo esporádico e eventual, não se tratando de uma causalidade absoluta que tornaria o instituto um reflexo direto dessa cultura, historicamente enraizada no Direito Penal brasileiro e em alguns momentos até mesmo institucionalizada.

Os dados históricos levantados previamente permitiram que o desenvolvimento desta pesquisa sempre tivesse em vista que o punitivismo se trata de um local comum, seja no discurso político, seja na atividade judicante, uma vez que para tal corrente a penalização das condutas se trata do meio mais pragmático de se resolver os problemas sociais, ainda que seja necessário sacrificar liberdades públicas definidas constitucionalmente.

Sendo assim, ocorre que tal relação somente se configura em determinado estado de fatos, quando os elementos históricos, políticos e sociais acabam determinando o conteúdo da decisão de forma a fazer com que o tribunal aja de modo ativista, seja realizando interpretação extensiva de normas penais, seja criminalizando condutas ou até mesmo realizando analogia *in malam partem*.

Portanto, mostra-se evidente a necessidade de se observar a atividade dos tribunais com mais cautela, prezando pela manutenção dos limites constitucionais definidos pelo legislador constituinte sob pena de se criar um Poder Judiciário intervencionista dotado de suprapoderes.

Oportuno se torna a clássica lição de Ruy Barbosa a respeito do tema, imortalizada através das seguintes palavras: “A pior ditadura é a do Poder Judiciário, contra ela não há a quem recorrer”.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 de julho de 2019.
- BAPTISTA, Carlos Alberto. **Crescimento da Criminalidade e a Atuação Estatal**. Curitiba: Juruá, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Editora GEN - Forense. São Paulo: 2014.
- CHOCHI, Thiago Afonso. **Fundamentos e Limites para o Ativismo Judicial**. 2009. 76 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2009.
- COSTA, Domingos Barroso da. **O fetiche punitivista e o colapso do Estado de Direito**. 2 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>>: Acesso em: 27 mai. 2019.
- K. LOEWENSTEIN, Teoría de la Constitución, 2ª ed., trad. esp. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1970.
- LARA, Ricardo; SILVA, Mauri Antônio Da. **A ditadura civil-militar de 1964: os impactos de longa duração nos direitos trabalhistas e sociais no Brasil**. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 122, p. 275-293, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n122/0101-6628-sssoc-122-0275.pdf>>: Acesso em: 3 jun. 2019.
- PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva: 2015
- PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. **Código Criminal do Império**. 9 de maio de 2014. Última atualização em Quinta, 06 de Junho de 2019. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/281-codigo-criminal>>: Acesso em: 15 jun. 2019.
- POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **Ativismo Judicial e Direito Penal Do Risco: Novos Desafios**. Revista Arquivo Jurídico, v. 3, n. 1 jan./mar. Teresina: 2016, p. 105 a 115.
- POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **Ativismo Judicial e Direito Penal Do Risco: Novos Desafios**. Revista Arquivo Jurídico, v. 3, n. 1 jan./mar. Teresina: 2016, p. 105 a 115.
- RIO GRANDE DO SUL, Pontifícia Universidade Católica do. **A ditadura civil-militar e os**

**Direitos Humanos: O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (1964-1985).** Anais do XI Congresso Internacional de Estudos Ibero-Americanos (CIEIA) 17 a 19 de outubro de 2017.

Disponível em:

<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/cieia/assets/edicoes/2017/arquivos/4.pdf>>:

Acesso em: 3 jun. 2019.

# PUNITIVISMO PENAL E SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ANTINOMIA NA REFLEXÃO SOBRE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Carla Graia CORREIA<sup>1</sup>  
Isadora Ribeiro CORRÊA<sup>2</sup>

## RESUMO

Este trabalho tem como principal objetivo acender a reflexão acerca do caráter puramente simbolista trazido pelas leis que tipificam a violência contra a mulher, quando o estado que se encontra as instituições prisionais do país é de legítima violação aos direitos fundamentais dos indivíduos, e não de reparação ao bem jurídico lesado pelo réu. Neste espaço, nós nos propusemos a indagar: qual a função do aprisionamento na diminuição/prevenção dos crimes contra a mulher quando a prisão viola direitos básicos do indivíduo e a sociedade em si possui um caráter fortemente sexista? Para tanto, nos utilizamos do método dedutivo, partindo da análise geral da construção histórica da pena de prisão para, ao final, transpormo-nos à análise específica da intersecção entre punitivismo penal, sistema carcerário e violência com base em gênero/sexo biológico. O presente artigo foi desenvolvido através de pesquisas bibliográficas junto a obras pertinentes ao tema levantado; além de nos aproveitarmos das experiências em discussões junto ao grupo de pesquisa que participamos na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP): “INTERVEPES – Intervenção do Estado na vida das pessoas”, coordenado pelo Professor Doutor Renato Bernardi.

**PALAVRAS-CHAVE:** punitivismo penal; sistema carcerário brasileiro; crimes contra a mulher.

## ABSTRACT

The main purpose of this work is to spark the reflection about the purely symbolic character of the laws that typify violence against women, when the circumstance of the country's prisons is one of legitimate violation of the fundamental rights of individuals, not of remedy to the legal right harmed by the defendant. In this space, we set ourselves to ask: what is the role of imprisonment in the reduction/prevention of crimes against women when the prison violates the basic rights of the individual and society itself has a strongly sexist character? To do so, we use the deductive method, starting from the general analysis of the historical construction of the prison sentence, in order to finally move to the specific analysis of the intersection between criminal punitivism, prison system and violence based on gender/biological sex. This article was developed through bibliographic research along with works pertinent to the theme raised; besides taking advantage of the experiences in discussions with the research group that we participate in the State University of Northern Paraná (UENP): “INTERVEPES - State intervention in people's lives”, coordinated by Professor Doutor Renato Bernardi.

**KEYWORDS:** criminal punitivism; brazilian prison system; crimes against women.

## 1. INTRODUÇÃO

Não é fato novo que o Brasil do século XXI, a despeito dos inúmeros avanços e progressos

- 
- 1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; bolsista de Iniciação Científica do CNPQ; bacharel em Antropologia e licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Integrante do grupo de pesquisa certificado pelo CNPQ “Intervenção do Estado na vida das pessoas”.
  - 2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Integrante do grupo de pesquisa certificado pelo CNPQ “Intervenção do Estado na vida das pessoas”.

legais, sociais e econômicos, ainda tem à sua frente gigantescos obstáculos a serem superados, especialmente na seara dos Direitos Humanos e sua efetivação.

Nesse sentido, o enfrentamento da violência contra a mulher e a dramática situação carcerária no Brasil permanecem sendo imensos desafios de proporções continentais, tais quais nosso vasto território, e demandam uma resposta assertiva do Estado. Pelo menos no que diz respeito à violência contra a mulher, tivemos nas últimas duas décadas uma considerável expansão do espectro legal para punir de forma mais rigorosa e precisa os delitos que vitimam diretamente as mulheres brasileiras.

Nesse condão, se enquadram a Lei 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, a qual foi considerada a terceira melhor lei do mundo no enfrentamento da violência contra a mulher pela ONU, perdendo somente para Espanha e Chile; a Lei 10.778/2003, que estabelece notificação compulsória quando casos de violência contra a mulher forem atendidos em serviços de saúde público ou privado em todo território nacional; bem como a Lei 13.104/2015, conhecida como “Lei do Feminicídio”, que alterou o Código Penal ao incluir como qualificadora do crime de homicídio aqueles cometidos por motivações da vítima ser do gênero feminino. Poderíamos citar, ainda, diversas outras legislações esparsas que, de modo direto ou indireto, relacionam-se com a condição vulnerável da mulher no Brasil. Assim, fica claro que já está mais que provado que sabemos fazer leis que servem de exemplo para outros países.

No entanto, segundo dados divulgados pela Organização Mundial de Saúde, o Brasil paradoxalmente seguia, em 2018, na quinta posição no ranking mundial de violência contra a mulher (ONU, 2018, online). Não menos grave é a nota divulgada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, vinculada à Organização dos Estados Americanos - OEA, na qual cita-se que nosso país concentrou em 2017, 40% dos feminicídios da América Latina.

Convém, no entanto, não perdermos de vista que o incremento em leis penais com o objetivo de minimizar a impunidade, tão atrelada à questão da violência contra a mulher, é uma faca de dois gumes. Se por um lado responde ao anseio social punitivista para enfrentar a violência contra a mulher, por outro nos impõe uma necessária reflexão sobre o caos carcerário que assola nosso país, haja vista que o recrudescimento penal que acompanha essas leis, em última instância, desemboca no aumento da população carcerária e aprofunda ainda mais severamente um estado já insustentável de mazelas e violações de toda espécie.

Nesse diapasão, este trabalho procura lançar um olhar crítico para o preocupante círculo vicioso que incorremos quando reproduzimos a violência com mais encarceramento em prisões que não proporcionam que as penas atinjam sua função, sem a devida intervenção estatal de forma séria e comprometida com políticas públicas efetivas e que promovam concretamente a igualdade de

gênero no Brasil.

Por fim, o escopo desse artigo é também promover a ponderação sobre os limites de ação e reais alcances atribuídos ao Direito Penal para lidar com problemas viscerais da cultura brasileira impregnada de estereotipações de gênero, na qual se insere a violência sofrida pelas mulheres.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, nos utilizamos do método dedutivo, partindo da análise geral da construção histórica da pena de prisão para, ao final, transpormo-nos ao nosso objetivo, que é a análise específica da intersecção entre punitivismo penal, sistema carcerário e violência com base em gênero/sexo biológico. Para tanto, utilizamo-nos de pesquisas bibliográficas junto a obras pertinentes ao tema levantado; além de nos aproveitarmos das experiências em discussões junto ao grupo de pesquisa que participamos na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP): “INTERVEPES – Intervenção do Estado na vida das pessoas”, coordenado pelo Professor Doutor Renato Bernardi.

## **2. DO SUPLÍCIO ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

Para iniciar a linha de pensamento necessária para que ocorra uma total imersão nos fundamentos cuja assimilação será imprescindível ao envolvimento do interlocutor no transcorrer desta pesquisa, julgamos essencial a construção de um substrato de informações no que tange ao trajeto histórico e fático que conduziu a sociedade às atuais moldagens do que se denomina prisão. Para tanto, utilizar-nos-emos dos preceitos de Michel Foucault, que em *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* se ocupou de traçar uma “perspectiva arqueológica, cronológica, genealógica, antropológica, sociológica, etnológica e histórica da evolução dos castigos, da Idade Média até a Idade Moderna” (BRITES, 2007, p.167).

Em quatro partes (*Suplício, Punição, Disciplina e Prisão*), somos introduzidos aos interesses que circundam a implementação e execução de castigos por parte do Estado àqueles que, em sua época e à sua maneira, não se comportam conforme o protocolo social.

Caracterizando o suplício, Carvalho Filho (2002) aborda algumas das formas de tortura mais utilizadas na Idade Média e ainda praticadas até o início do século XIX: “a amputação dos braços, a degola, a forca, o suplício na fogueira, queimaduras a ferro em brasa, a roda e a guilhotina eram as formas de punição que causavam dor extrema e que proporcionavam espetáculos à população”. Nota-se a intenção estatal de focalizar o corpo como o centro da repressão penal para assim produzir exemplos à multidão, já que “a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro” (FOUCAULT, 2014, p.14).

Com a espetacularização do sofrimento, por diversas vezes o desprezo pelo criminoso por parte do povo convertia-se em compaixão, já que entre a imagem do carrasco brutal e do

delinquentes que recebiam os castigos, a plateia se aproximava mais do segundo devido a sua hipossuficiência perante o Estado. Torna-se “revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele [Estado] revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o cruel prazer de punir” (FOUCAULT, 2014, p.73).

Entre os séculos XVIII e XIX, extingue-se o espetáculo em torno do castigo, “a punição pouco a pouco deixou de ser uma cena” (FOUCAULT, 2014, p.14). O corpo deixa de ser o alvo e passa a ser o intermédio para a punição: é cerceado e sofre coações, lhe são impostas interdições. Os castigos que se aplicam são a reclusão, o aprisionamento, os trabalhos forçados e eventualmente, deportação. Até mesmo a execução capital sofre essa manutenção de desígnios; a instantaneidade e a discricção da morte são características do meio mais utilizado na época, a guilhotina. De acordo com Isabel Brites

ela aplicava a lei já não a um corpo real e susceptível de dor, mas a um sujeito jurídico detentor, de entre outros direitos, do de existir (...), marcando uma nova ética da morte legal (...). À expiação sobre o corpo deve suceder um castigo que actue, fundamentalmente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições... E o aparato da justiça punitiva tem que se ater a uma nova realidade, uma realidade incorpórea (2007, p.168).

A partir do momento histórico da Revolução Industrial, que calhou com o da reforma dos métodos de punir, reconfigurou-se também as formas de cometer crimes e o ataque aos bens tornou-se o objetivo dos marginais, que viam nascer a burguesia como nova classe social. Sua multiplicação de pertences faz surgir a necessidade maior da (sensação de) segurança, e os burgueses exigem austeridade às punições quando tomam o posto de classe dominante. Tais desdobramentos e demais fatores relacionados geram uma grande reação em cadeia, da qual se concebem inúmeros conflitos sociais que influenciam na organização da sociedade (e prisão) contemporânea. Nasce um fato sócio e criminológico: os marginalizados trazem consigo um perigo virtual (FOUCAULT, 2014, p. 127) à classe social em destaque.

A partir de então, com a classificação/codificação do que é ilegal, calculam-se os efeitos do castigo e as infrações caracterizam-se atentados a um corpo social. A criminalidade se torna a presa da intervenção penal, não mais o indivíduo criminoso. A punição tem o intuito de reconstruir o caráter do criminoso ao torná-lo um sujeito obediente<sup>3</sup>, o

segredo e a autonomia no exercício do poder de punir – são exorbitantes para uma teoria e uma política de penalidade que se propunha dois objetivos: fazer todos os cidadãos participarem do castigo do inimigo social; tornar o exercício do poder de punir inteiramente adequado e transparente às leis que o delimitam publicamente. (...) Depois da sentença é constituído um poder que lembra o que era exercido no antigo sistema. O poder que aplica as penas ameaça ser tão arbitrário, tão despótico quanto aquele que antigamente as decidia (FOUCAULT, 2014, p.128-129).

Chega-se, historicamente, ao que se pode denominar disciplinamento através das

---

3 Definido por Foucault (2014, p.128) como “o indivíduo sujeito a hábitos, regras, ordens, uma autoridade que se exerce continuamente sobre ele e em torno dele, e que ele deve deixar funcionar automaticamente nele”.

instituições. A escola, o quartel e oficinas passam a funcionar de forma a aproveitar a utilidade e inteligibilidade dos corpos, valorizando o tempo e a forma de manejar seu uso, sempre a destacar a hierarquização e a domar o indivíduo para o trabalho. A capacidade do cidadão de se deixar ou não docilizar dá origem a um binarismo que se correlaciona ao que é ser disciplinado/indisciplinado, louco/não louco, normal/anormal, perigoso/inofensivo. O papel das instituições é impor a prática do lado positivo deste maniqueísmo àqueles que supostamente possuem características do lado negativo, através da força.

Nessa diretriz é que nasce em Foucault o interesse pelo estudo do Panóptico de Jeremy Bentham, e através deste apresenta o Panoptismo como exemplo para um sistema prisional e modelo de funcionamento para verticalizar o poder moderno. Objetivando sempre a fiscalização de como estão se organizando os corpos disciplinados, este ideal consistiria em visualizar o conjunto com um olhar, e assim, este

projecto arquitectónico do Panóptico identifica os elementos constituintes fundamentais desse poder: a centralização, a moralização, a eficácia e, de todos o mais relevante, a individualização. Em suma, a estrutura unilateral e monolítica do poder dos nossos dias: centralizado, anónimo, disseminado e altamente eficaz (BRITES, 2007, p.178).

Ainda segundo entendimento de Brites (2007, p.178), quando um único observador posicionado ao centro vigia a totalidade do espaço e de indivíduos (isolados e separados entre si), ocorre uma interiorização do sentimento de permanente observação, o que os leva a se transformarem nos agentes mais zelosos da sua própria vigilância e dos outros. Neste modelo, a vigilância nas prisões passa a ser assemelhada à das fábricas, escolas, quartéis e hospitais (FOUCAULT, 2014, p.219).

Ao, finalmente, abordar a questão das prisões, Foucault afirma que sua fundação não está atrelada à previsão em leis e códigos, já que elas são preexistentes a esses adventos. Na passagem do século XVIII para o XIX, torna-se a penalizar através da detenção, primordialmente. O ingrediente novo, desta vez, é o caráter de humanização e justiça social trazidos pela proposta de prisão. O novo sistema recebe o epíteto de “pena das sociedades civilizadas” em 1829 por Pellegrino Rossi.

A prisão moderna funda-se na privação de liberdade, que é quantificada pela variação do tempo segundo a gravidade do que se cometeu. A seguinte sentença transmite com perfeição o que se espera da prisão moderna: “[a prisão] recebia das mãos da justiça um condenado e devia devolver à sociedade um cidadão útil” (BRITES, 2007, p.181).

Porém, o que se aúfere em relação às prisões (entre outras situações), já detectado por Foucault ao tempo da elaboração de Vigiar e Punir – publicado originalmente em 1975 – e comprovado por diversos levantamentos estatísticos contemporâneos, é que o aprisionamento não

diminui ou gera controle sobre a criminalidade, e arrisca-se dizer que até mesmo possibilita a reincidência e fabrica delinquentes, ao facilitar (e talvez forçar) o contato entre internos de menor e maior periculosidade. Pode-se afirmar que a prisão não reprime a delinquência e em contrapartida, demanda um grande investimento estatal para se manter. Concluimos, então, citando novamente quem serviu de estímulo e orientação a este capítulo e à reflexão incitada neste trabalho, Michel Foucault, ao afirmar que “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão” (2014, p.224).

## **2.1 Funções e tipos de pena no Brasil**

As teorias que dizem sobre a função da pena no Brasil encontram-se num campo eclético, unificando as ideias de retribuição (pelo crime se impõe a pena) e prevenção (resposta estatal ao crime visível para que não se torne a delinquir, nem o próprio criminoso e nem a sociedade). Luiz Flavio Gomes afirma que “justiça e proporção constituem os pilares de uma concepção retributiva” (2006, online).

Os princípios do Direito Penal e valores trazidos pela Constituição Federal de 1988 constituem, junto à lei penal, os limites à intervenção do Estado nos casos em que a legislação dos crimes deva ser suscitada.

Ainda segundo o artigo 1º da Lei de Execução Penal – LEP – brasileira (Lei 7.210/1984), “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”. O artigo 3º dispõe ainda que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

A LEP prevê adiante, em seu artigo 10, que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”; o parágrafo único deste dispositivo ressalta que a assistência a que se refere deve ser estendida ao egresso. Os tipos de assistência citados pela lei são: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Com base no artigo 32 do Código Penal, os três tipos de pena aplicáveis a crimes e contravenções são as privativas de liberdade (que se subdividem em reclusão e detenção), as restritivas de direitos (que se dividem em seis modalidades) e multa.

## **3. TIPIFICAÇÃO DAS VIOLÊNCIAS CONTRA A MULHER NO BRASIL**

A segunda onda do feminismo<sup>4</sup> conquistou alcance internacional nos anos 70, o que motivou a Organização das Nações Unidas a promover a primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres em 1975, na Cidade do México. Então, a batalha pela conquista de direitos nos espaços públicos e órgãos internacionais pelas mulheres foi deflagrada, enfrentando diversos embates e êxitos.

A expressão “discriminação contra a mulher” foi definida oficialmente pelo artigo inaugural da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher<sup>5</sup>, onde se observa que

significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (ONU, 1979, p.2).

Em 1993, a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, que teve como resultado a Declaração e Programa de Ação de Viena, voltou a abordar a temática da violência contra a mulher. Referiu-se o documento a violações em espaços públicos e privados, como “assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres, (...) preconceitos sexuais na administração da justiça”, e ainda “assassinatos, estupros sistemáticos, escravidão sexual e gravidez forçada” (ONU, 1993, p.17). Tal documento reafirma a violência de gênero como questão de Estado.

Enfim, no ano de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher<sup>6</sup>, dá o seguinte significado a “violência contra a mulher”: “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (OEA, 1994, p.2). A convenção serviu de base para a elaboração da Lei 11.340 de 2006, batizada “Lei Maria da Penha<sup>7</sup>” (LMP).

Os cinco tipos de violência tipificados e delimitados pela LMP são: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. A importância de elucidar cada definição acerca dos tipos de violência possíveis contra a mulher é que, na maioria das vezes, o agressor que chega à violência física já

---

4 A segunda onda é uma era de atividade feminista iniciada nos anos 60, nos Estados Unidos, onde durou até o início dos anos 80. Posteriormente, viajou para além do ocidente e tomou grande força na Europa e Ásia. Alguns debates suscitados pela segunda onda foram sexualidade, família, mercado de trabalho, direitos reprodutivos, desigualdades materiais e desigualdades jurídicas. O movimento foi incisivo ao abordar problemáticas como a violência doméstica e estupro conjugal, militando fortemente por mudanças nas leis de custódia e divórcio. A primeira onda (que ocorreu entre os séculos XIX e XX) focou-se no sufrágio e na construção de caminhos legais à igualdade de gênero.

5 Documento adotado em assembleia geral da ONU em 1979, e que instituiu o CEDAW – Comitê para a Eliminação da Discriminação contra Mulher, em tradução livre. Foi assinado pelo Brasil em 1981 e está em vigor desde 02 de março de 1984.

6 Adotada na assembleia geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizada em Belém do Pará; ratificada pelo Brasil novembro de 1995.

7 A lei recebe este nome em referência à bioquímica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu violência doméstica por parte do marido, pai de suas três filhas. Foram duas tentativas de homicídio com as quais Maria ficou paraplégica.

demonstra sinais de que uma agressão se sucederá através das violências psicológica e moral. Em outras palavras: a agressão não se inicia com o contato físico violento e, inclusive, não é necessário que haja contato físico violento para que se tipifique uma agressão através da Lei 11.340.

Podemos exemplificar tal afirmação com trecho de Maria da Penha Maia Fernandes (2012, p.28), em relato sobre todo o histórico de violências e sobrevivência<sup>8</sup> ao lado de seu atroz: “Eu percebia que uma separação amigável seria impossível, e temia tomar a iniciativa da separação judicial, pelas reações imprevisíveis de um marido agressivo, embora o meu maior desejo fosse o de livrar a mim e às minhas filhas daquele inferno”.

### **3.1 De uma questão ignorada a uma questão internacional**

O Mapa da Violência auferiu (WASELFISZ, 2015, p.39), no ano de 2015, que 27,1% das mulheres são assassinadas dentro de casa. Maria da Penha representa incontáveis brasileiras que sofreram com violência doméstica e foram vitimizadas também pelo descaso do Estado através do poder judiciário.

O primeiro julgamento do agressor, Marco Antônio Heredia Viveros, ocorreu 8 anos após a primeira tentativa de homicídio, em 1991; ele foi condenado a prisão pelo tribunal do júri, mas a defesa obteve êxito ao impetrar recurso e o julgamento foi anulado. Novo julgamento ocorreu em 1996 e recursos retardaram, mais uma vez, a prisão.

Em 2001, o Estado brasileiro foi citado como o responsável pela violação aos direitos humanos de Maria da Penha (FERNANDES, 2012, 108). Ela recebeu o apoio do CEJIL (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM (Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa Dos Direitos da Mulher) para enviar o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Ele, então, foi preso faltando seis meses para a prescrição do crime, em 2002, quase 20 anos após a tentativa de homicídio que deixara Maria da Penha paraplégica.

De acordo com Affonso e Pandjarian

Os fatos violatórios que permitiram o envio da denúncia ao foro internacional referiam-se à demora injustificada em processar, condenar e punir o agressor de Maria da Penha, assim como por impossibilitar a obtenção de uma reparação pelas violações sofridas, na justiça interna. Também foi argumentado e comprovado que o caso de Maria da Penha não era uma situação isolada, mas um caso emblemático, de padrão sistemático de violação e impunidade no país, revelando o viés de discriminação e violência contra as mulheres do sistema de justiça, bem como a violação do Estado do dever de prevenir a violência doméstica contra as mulheres (2012, p.19).

Após os trâmites relacionados ao caso, o Brasil recebeu recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, estabelecendo advertências de cunho individual e

---

8 Maria da Penha escreveu, em 1994, o livro “Sobrevivi... posso contar”. Nessa obra, relata sua trajetória de agressões, violências e sofrimento com o intuito de divulgar sua história e desnudar as facetas ocultas da violência doméstica, tantas vezes negligenciada pelas autoridades estatais e sociedade.

políticas públicas para a melhoria da situação da mulher no país, o que resultou na idealização da Lei 11.340.

Tal repercussão gerada pelo caso, fez com que os olhares do mundo se direcionassem ao país. Apenas após disseminação internacional o Brasil avançou (em termos legislativos) na questão da mulher.

#### **4. A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO FRENTE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA RESPOSTA PUNITIVISTA**

Pelo exposto anteriormente, fica evidenciado o impacto positivo que a internacionalização das discussões sobre a violência contra a mulher no Brasil logrou, enfaticamente no âmbito dos Direitos Humanos e sua repercussão, pois fora a partir desse momento que o Estado e a sociedade brasileira passou a dar destaque efetivo à temática, outrora minimizada ou mesmo invisível, e colocar o enfrentamento da violência contra as mulheres como uma das prioridades da atuação estatal. Nas palavras de ANDRADE (2009, p.166)

A garantia dos Direitos Humanos assume, então, um significado às avessas: não se trata de realizá-los ou solucionar os conflitos a eles relativos, mas de impedir a sua violação ali onde intervenha a violência punitiva institucionalizada: a dualidade regulação/emancipação se traduz na exigência de um controle penal com segurança jurídica individual.

Nesse contexto, centra-se a atuação do Estado brasileiro a fim de confrontar a violência contra a mulher representada na figura de Maria da Penha na Lei 11.340/2006<sup>9</sup>, a qual é referida como “um marco político nas lutas pelos direitos das mulheres no Brasil e no reconhecimento da violência contra as mulheres como problema de políticas públicas” (PASINATO, 2015, p.534). Além de representar, de modo inequívoco, um divisor de águas na abordagem jurídica da violência de gênero, uma vez que estabelece novos patamares para o enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil (PASINATO, 2015, p. 534).

A referida Lei Maria da Penha, ao longo dos seus 46 artigos propicia uma maior rigorosidade na punição àqueles que cometem quaisquer das violências contra as mulheres já elencadas nesse artigo. Entretanto, temos conhecimento de que a Lei não centra seus esforços de combate à impunidade apenas no argumento meramente punitivo, mas seus efeitos fora da esfera punitiva carecem de articulação do Poder Público para que se façam sentir. Conforme nos ensina PASINATO (2010, p. 220), a Lei pode ser dividida em 3 grandes eixos, sendo que

O primeiro eixo trata das medidas criminais, para a punição da violência. Nele estão procedimentos como a retomada do inquérito policial, a prisão em flagrante, preventiva ou decorrente de pena condenatória; a restrição da representação criminal para determinados crimes e o veto para a aplicação da lei 9099/95 a qualquer crime que se configure como

---

9 Foge ao nosso objetivo detalhar todas as fases e o histórico da referida Lei, portanto, limitamo-nos aqui a discorrer em linhas gerais sobre as implicações introduzidas pelo dispositivo legal.

violência doméstica e familiar contra a mulher. No segundo eixo encontram-se as medidas de proteção da integridade física e dos direitos da mulher que se executam através de um conjunto de medidas protetivas com caráter de urgência para a mulher aliado a um conjunto de medidas que se voltam ao seu agressor. Integram também esse eixo as medidas de assistência, o que faz com que a atenção à mulher em situação de violência se dê de forma integral, contemplando o atendimento psicológico, jurídico e social. Finalmente, no terceiro eixo, estão as medidas de prevenção e de educação, compreendidas como estratégias possíveis e necessárias para coibir a reprodução social da violência e da discriminação baseadas no gênero.

Em outras palavras, a aplicabilidade eficiente da Lei está intrinsecamente atrelada à articulação coordenada desses 3 grandes eixos, posto que, dessa forma, as mulheres teriam meios de acesso à justiça, bem como, a autonomia e suportes necessários para superar as situações de violência.

É nessa imprescindível articulação que residem as principais falhas da operacionalização da Lei Maria da Penha, pois evidencia que a atuação do Estado apresenta uma tendência de se limitar à ampliação dos dispositivos legais que amparam as mulheres em situação de violência, deixando em segundo plano o conjunto de políticas públicas aptas à equacionar as estruturas sociais, culturais e econômicas tão discrepantes entre homens e mulheres no Brasil – principais fatores que fomentam e legitimam as violências sofridas pelas mulheres.

Ainda nessa seara, do papel do Estado e sua atuação no enfrentamento da violência contra as mulheres, desde 2015 está em vigor a polêmica Lei nº 13.104, conhecida como Lei do Femicídio ou, em outras palavras, a qualificadora<sup>10</sup> do feminicídio. Podemos dizer que essa lei, de forma sintética, alterou o artigo 121 do Código Penal de 1940, bem como, o artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos, incluindo o feminicídio como crime hediondo. Esta lei entende por feminicídio “aquele [homicídio] cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. Esse conjunto de alterações especificamente na qualificadora e implicação decorrente é brilhantemente explicitado nas palavras das pesquisadoras MACHADO E ELIAS (2018, pp. 286-287)

O art. 121 do código desdobra o homicídio em uma série de possíveis circunstâncias que, por sua vez, podem aumentar ou diminuir a pena abstratamente cominada à pessoa que praticou o crime. Há, portanto, uma estrutura elementar no chamado caput do mesmo dispositivo: o homicídio simples (“matar alguém”), a que se atribui uma margem de pena de reclusão que pode variar entre 6 a 20 anos. Entre as circunstâncias legais previstas, o §2º do mesmo texto arrola as chamadas qualificadoras do homicídio. São situações diversas em que, em virtude dos meios, motivos, modos e fins pelos quais se pratica o crime, há uma reprovabilidade maior associada à conduta do agente, ou há chances evidentemente maiores de que o crime se consuma. Tudo isso produz uma modificação necessária na margem de pena – não mais no patamar de 6 a 20 anos, mas sim de 12 a 30 anos.

---

10 Sobre o entendimento de qualificadora, MACHADO E ELIAS (2018, p.283) asseveram que “A figura do tipo penal, que descreve a conduta correspondente ao crime, é composta por elementos indispensáveis à sua identidade normativa, mas também pode vir acompanhada de circunstâncias que se agregam ao crime, aumentando ou diminuindo suas penas mínimas e máximas. Entre tais circunstâncias, figuram as chamadas qualificadoras, que são circunstâncias que instituem novas margens abstratas de pena a um determinado crime, produzindo verdadeiras derivações frente ao tipo penal basilar. Exemplos de qualificadoras para o tipo base de homicídio (que figura no caput do art. 121 do Código penal brasileiro) são o motivo torpe e o motivo fútil (art. 121, §2º, inc. i e ii)”.

Mais uma vez, temos a adoção de um modelo político de atuação estatal essencialmente na punição, que foca seus esforços no recrudescimento penal, o que muito pouco agrega ao pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais das mulheres em situação de violência. Ao contrário, apenas parece utilizar-se do Direito Penal para aplacar os apelos populares por punição mais rigorosa, enquanto camufla o real papel do Estado de desenvolver mecanismos e políticas eficientes que estejam à serviço das mulheres violentadas e lhes sejam capazes de restabelecer a autonomia e cidadania perdidas. Ou seja, um verdadeiro projeto de combate à violência contra as mulheres. O que nos leva a concordar com o entendimento de PASTANA (2007, p.34), para quem

No Brasil, tal modelo político, centralizado na atuação punitiva, evidencia-se na recorrência cada vez maior ao Direito Penal como solução em *prima ratio* de praticamente todos os conflitos sociais. Sua função, eminentemente simbólica, é atuar como mecanismo tranquilizador da opinião pública que, hegemonicamente, busca proteção ao invés de cidadania.

De fato, as duas leis penais em comento, ambas de caráter muito mais punitivo que preventivo, têm sido as principais “frentes” de atuação do Estado no enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil, o que evidencia um preocupante enfraquecimento do compromisso democrático e humanizador sob o qual se erigiu nossa Constituição e sociedade para uma atuação penal cada vez mais simbólica e, justamente por isso, menos efetiva.

## **5. SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL E SUA RELAÇÃO COM O PUNITIVISMO**

Aqueles corpos que as instituições não conseguem disciplinar e que não cumprem com as expectativas da sociedade agindo de forma delinquente, são arrebatados pelo Estado e levados ao que deveria ser apenas uma prisão. O que se confere, na realidade, é que o atual panorama do nosso sistema carcerário retrocede ao que Foucault identificou como a punição: cerceamento, coação, privação de direitos.

Em 2017, o déficit de vagas do sistema prisional era maior que 303 mil, ao passo que o Estado brasileiro já ofertava 423.242 vagas (INFOPEN, 2017, p.22), ou seja, uma taxa de ocupação de 171,62% (INFOPEN, 2017, p.27). Retornamos ao objetivo já soterrado pela experiência dos antigos modelos de castigo dos séculos anteriores, retornamos à infringência da dignidade através da imposição de sofrimentos. A começar pela possibilidade quase nula de ter o mínimo de privacidade num ambiente superlotado que será a moradia de diversos seres humanos, por meses e anos, ou até décadas.

O sistema carcerário transcendeu o âmbito das penas privativas de liberdade e chegou às penas privativas de todos os tipos de direitos. O foco do aprisionamento tem sido muito mais a punição em vez de retribuição ao réu/condenado pelo dano que o crime ou delito ocasiona. A

ideologia que mantém a estrutura social que sustenta o Estado de Coisas Inconstitucional<sup>11</sup> que se encontram nas prisões brasileiras é puramente punitivista.

O que a sociedade que estrutura as instituições prisionais deixa de levar em conta é que o tempo que o “criminoso” passa apartado da sociedade vai acabar e que recebê-los-emos novamente, após um período exclusivo de cerceamento de direitos atrás das grades. O INFOPEN (2017, p.30) nos informa que 54% da população carcerária tinha entre 18 e 29 anos em 2017. Há muita vida pela frente também ao aprisionado. E talvez boa parte dela se desenrole fora dos muros da prisão.

Visualizamos um anacronismo explícito no que diz respeito às punições contemporâneas e ao caráter inútil das penas privativas de liberdade para disciplinar um bom cidadão, do qual se espera (em tese) que não reincida. Daí decorre o simbolismo penal: tipificar, tipificar e tipificar, deixando de lado o cumprimento efetivo daquilo que já está tutelado pela legislação. Neste raciocínio inclui-se principalmente a Lei de Execução Penal e as leis de proteção à vida e aos direitos da mulher

Frente à violência contra a mulher, temos um Estado que se ocupa exclusivamente de criar leis, fazendo o mínimo para que haja de fato a efetivação de uma mudança de paradigmas em relação ao que se espera que seja modificado nas relações domésticas.

O punitivismo que se aufere apenas incrementa a massa carcerária ao tipificar novo crime. Não encontramos a reparação de um bem jurídico quando encarceramos o agressor de uma mulher, já que mundo afora das grades da prisão encontra-se uma sociedade sexista, que por si só oportuniza a agressão à mulher ao fomentar fatores de exclusão feminina que influenciam diretamente as relações cidadãs, como a sub-representação política, a divisão sexual do trabalho, a violência simbólica exercida pela mídia, a imposição de padrões de beleza inatingíveis, entre tantos outros.

Nesta linha, é razoável evocar Soraia da Rosa Mendes, ao dizer que o direito penal não deve necessariamente ser a solução dos conflitos e de que se deve repensar as respostas punitivistas que se dão como solução a esses conflitos (MENDES, 2014, p.179-181).

A provocação que propomos ao final deste capítulo é: qual a função da instituição prisional na diminuição/prevenção dos crimes contra a mulher?

## **6. CRÍTICA AO SIMBOLISMO PENALISTA NA REFLEXÃO SOBRE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL**

---

11 A Corte Constitucional Colombiana passou a desenvolver essa teoria desde 1997; a expressão se refere a um quadro de violações de direitos fundamentais, que se desenvolvem de forma generalizada em decorrência de omissões ou comissões de autoridades cumuladas com sua inércia.

No âmbito do Direito Penal, sua característica simbólica<sup>12</sup> é expressa quando, de modo positivo, ele intenta atingir a prevenção dos delitos, conforme nos ensina Eugenio Raúl Zaffaroni, ao dizer que

É lógico que a pena, ainda que cumpra em relação aos fatos uma função preventiva especial, sempre cumprirá também uma função simbólica. No entanto, quando só cumpre esta última, será irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento para a sua simbolização, ousa como um meio e não como um fim em si, “coisifica” um homem, ou, por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos (ZAFFARONI, 2006, p.96).

Pelas palavras supracitadas, depreende-se o claro risco em que incorremos ao alardearmos como vitórias a criação de leis incriminadoras cuja ênfase parece residir preponderantemente em sua função simbólica, como o são as leis que discutimos nesse artigo, haja vista que a efetividade real desses mesmos dispositivos na redução ou prevenção das violências não se verifica nas estatísticas oficiais.

Essa função simbólica, no que diz respeito às duas principais leis que compõem hoje o sustentáculo do Estado brasileiro no enfrentamento da violência contra a mulher tem sido, então, amplamente enaltecida como importante conquista dos segmentos feministas e pela promoção dos direitos humanos das mulheres, no que tange ao menos à politização e visibilidade dessa violência.

Em que pese o atingimento desses objetivos tão caros à causa feminista, é imperativo que façamos a ponderação proposta por KARAM (2015, *online*), para quem

Ativistas e movimentos feministas, como outros ativistas e movimentos de direitos humanos, argumentam que as leis penais criminalizadoras têm uma natureza simbólica e uma função comunicadora de que determinadas condutas não são socialmente aceitáveis ou são publicamente condenáveis. Não parecem perceber ou talvez não se importem com o fato de que leis ou quaisquer outras manifestações simbólicas – como explicita o próprio adjetivo ‘simbólico’ – não têm efeitos reais. Leis simbólicas não tocam nas origens, nas estruturas e nos mecanismos produtores de qualquer problema social.

Aprofundando o exposto pela autora, no caso específico da violência contra as mulheres abordada nesse trabalho, o simbolismo penal não só não altera as estruturas socioculturais que gestam e legitimam esse tipo de violência, como traz à tona a antinomia presente nessa argumentação, no que tange ao aumento da massa carcerária à serviço, exclusivo, da manutenção do poder punitivo do Estado sobre a sociedade.

No primeiro capítulo desse trabalho discorreremos, numa ótica foucaultiana, sobre as alterações históricas e sociais introduzidas com a mudança da atuação estatal baseada na punição do corpo para aquela ancorada em valores humanitários e iluministas que consagraram a noção das penas no estado moderno.

---

12 Para aprofundar a discussão em torno do temática do simbolismo no Direito Penal, recomendamos a leitura da dissertação de mestrado de Rodrigo José Fuziger, intitulada: “As faces de Jano: o simbolismo no Direito Penal” defendida pela Universidade de São Paulo em 2014.

Há, no entanto, um conhecimento difundido de que apesar de nosso atual sistema prisional operar conforme a concepção de pena, como já elucidado em momentos precedentes nesse trabalho, o qual deveria fornecer condições de sobrevivência e retribuição compatível ao delito cometido, sabemos que a realidade do sistema carcerário é outra.

O sistema prisional brasileiro é degradante e fere, em todos os aspectos, as recomendações basilares para a satisfação dos Direitos Humanos e as garantias fundamentais inerentes a todos os cidadãos, conforme provimento da nossa Constituição Federal.

Porém, a despeito da conhecida ineficácia e falência desse sistema como se apresenta, a onda punitivista, que difunde a necessidade de punir mais rigorosamente como meio para frear a criminalidade criou adeptos no Brasil.

Atualmente, utiliza-se um modelo punitivista, onde são criados cada vez mais crimes e em contrapartida não há o controle necessário do cumprimento dessas penas, posto que a pena privativa de liberdade seria apenas um forma de punição referente somente a aplicação negativa do instituto, que não atinge a função que a justifica: reintegração social. (MEDEIROS, 2017, p.6).

Então, de um lado, temos a situação de violência a que as mulheres estão expostas diariamente, a qual vai na contramão da construção de uma sociedade em que predominem a justiça social e sólidos valores democráticos. Por outro, o endosso ao viés enfaticamente punitivista do Estado para lidar com esse grave conflito social nos parece, no mínimo, contraditório quando levamos em conta que, da forma como está posto, o sistema carcerário não atende a nenhuma de suas funções. Ao contrário, promove ainda mais violações, violências e arbitrariedades que esvaziam por completo a função da pena privativa de liberdade e do sistema penal, bem como destituem o criminoso de humanidade.

O controle penal capitalista, que a dogmática se propõe a racionalizar, em nome dos Direitos Humanos e da segurança jurídica exigidos pelo Estado de Direito e o Direito penal liberal, é o mesmo controle que ela utiliza para operacionalizar e legitimar, mesmo que opere seletivamente e viole, sistematicamente, os Direitos Humanos, configurando um suporte importante na manutenção da desigual distribuição da riqueza e do poder (ANDRADE, 2009, p.180).

Reside, neste ponto, a antinomia que o discurso punitivista e a confiança nas promessas do Direito Penal carregam, pois, ao buscar no recrudescimento das penas para crimes contra as mulheres a segurança jurídica e o reconhecimento de sua autonomia, não se faz mais que reforçar o aparato estatal autoritário e seletivo do qual temos sido historicamente vítimas.

## **7. CONCLUSÃO**

Ao longo deste trabalho, procuramos estabelecer um diálogo necessário e, por vezes, nebuloso entre criminalização de condutas que ferem os direitos humanos das mulheres de viverem

livre de violência e sua consequência prática no acirramento da condição já deteriorada do cárcere no Brasil.

Como colocado em diversos momentos desse artigo, reconhecemos a indispensável contribuição e os significados simbólicos e políticos que Leis como Maria da Penha e do Femicídio lograram na agenda de lutas dos diversos segmentos feministas, bem como de toda sociedade.

A politização da violência sofrida pelas mulheres, por exemplo, só foi possível ancorada nas discussões e todo o arcabouço teórico e jurídico ensejados no âmbito dessas leis. Trazer para a esfera pública uma situação que, durante séculos, fora relegada à condição de assuntos de cunho privado é, inexoravelmente, outro mérito de leis como Maria da Penha.

Entendemos, assim, que não se trata meramente de ser “pró” ou “contra” leis que recrudescem a punição para crimes contra as mulheres. É imperativo que continuemos buscando todos os mecanismos que nos permitam atingir a plena igualdade e satisfação de direitos humanos e fundamentais, tão indispensáveis na construção da cidadania e autodeterminação das mulheres. Contudo, nossa luta não pode se dar alheia às interseccionalidades inerentes ao Direito Penal, como o é a gravíssima questão carcerária atualmente no Brasil.

De outro lado, nosso esforço maior, o qual esperamos ter atingido a contento, é a perspectiva de que por melhores que sejam as leis que nos amparam, subsiste a imperiosa contrapartida de um projeto estatal comprometido com políticas públicas e programas eficientes, articulados nas esferas municipal, estadual e federal para dar à dimensão simbólica das leis a concretude que demandam e a qual merecemos.

## 8. REFERÊNCIAS

AFFONSO, Beatriz; PANDJIARJIAN, Valéria. Atuação de entidades. In: FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi** --: posso contar. – 2ª ed. – Fortaleza, CE: Armazém da Cultura, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico?

**Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 161-192, jan. 2009. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p161>>. Acesso em 15 jul 2019.

BRASIL. **INFOPEN** - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Organização Marcos Vinicius Moura. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, 2017. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em 12 jul 2019.

BRITES, Isabel. A centralidade de Vigiar e Punir: história da violência nas prisões, na obra de Michel Foucault. **Revista Lusófona de Educação**, n.10, 2007, Lisboa. p.167-184. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-72502007000200013#7](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-72502007000200013#7)>. Acesso em 8 jul 2019.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A Prisão**. Publifolha. São Paulo, 2002.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi --: posso contar**. – 2ª ed. – Fortaleza, CE: Armazém da Cultura, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete – 42ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. 302p.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em 8 jul 2019.

KARAM, Maria Lúcia. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos**

**feministas**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejospunitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>>. Acesso em 15 jul 2019.

MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia G. G. Rodrigues. Femicídio em cena. Da dimensão simbólica à política. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 283-304, abr 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702018000100283&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702018000100283&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 jul 2019.

MEDEIROS, Jéssica Conceição Calaça de. **O colapso do sistema prisional e a mercantilização do cárcere**. 2017. Monografia (Aperfeiçoamento/Especialização em Direito Penal e Processual Penal) - Instituto Brasiliense de Direito Público.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

OEA. Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. 1994. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencaobelem1994.pdf>>. Acesso em 9 jul 2019.

ONU. II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. **Declaração e programa de ação de Viena**. 1993. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_viena.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf)>. Acesso em 8 jul 2019.

\_\_\_\_\_. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. 1979. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw1.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf)>. Acesso em 8 jul 2019.

\_\_\_\_\_. Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução. **Nações Unidas Brasil**, 9 abr 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu->

femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>. Acesso em 15 jul 2019.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 216-232, nov. 2010. ISSN 1984-7289. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6484>>. Acesso em 15 jul 2019.

PASTANA, Debora Regina. Os contornos do estado punitivo no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 46, dez. 2007. ISSN 2236-7284. Disponível em:

<<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14981>>. Acesso em 12 jul 2019.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília, DF: OPAS/OMS, ONU Mulheres, SPM e Flacso, 2015. Disponível em:

<[https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)>. Acesso em 9 jul 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume I: parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

# REFLEXÕES SOBRE PROIBICIONISMO DE DROGAS E ABOLICIONISMO PENAL: O PROIBICIONISMO COMO CONTRIBUINTE PARA A DESCONSIDERAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O MASSACRE DIÁRIO NAS PRISÕES

Matheus Belló MORAES<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar como o Estado Democrático de Direito é mera utopia no Brasil enquanto legitima o massacre da juventude pobre e negra através de uma guerra moral e irracional contra as drogas ao passo que uma sociedade sem penas já existe, explicitando a aplicação de ideias abolicionistas como mais eficientes que o proibicionismo. O trabalho foi desenvolvido através do método dedutivo, tendo como marco teórico o abolicionismo penal, com levantamento de ampla bibliografia compromissada em questionar a noção de crime e a função do sistema penal. A pesquisa empreendida possibilitou compreender como o crime é um conceito manipulável por classes dominantes sem uma realidade ontológica, explicitando como não há como pensar na existência de um Estado Democrático no Brasil enquanto o massacre diário de classes e grupos vulneráveis nas prisões acontece em grande parte graças à política proibicionista de drogas com bases meramente morais sem benefícios à saúde pública. A aplicação de ideias abolicionistas penais às questões das drogas se mostra mais coerentes à realidade e à proteção da liberdade e dignidade humanas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abolicionismo penal; drogas; sistema penal.

## ABSTRACT

The present work seeks to demonstrate how the Democratic State of Law is a mere utopia in Brazil while legitimizing the massacre of the poor and black youth through a moral and irrational war against drugs while a society without penalties already exists, explaining the application of abolitionists ideas as more efficient than prohibitionism. The work was developed through the deductive method, having as a theoretical framework the criminal abolitionism, with the collection of a large bibliography committed to questioning the notion of crime and the function of the penal system. The research made possible to understand how crime is a concept manipulated by dominant classes without an ontological reality, explaining how there is no way to think of the existence of a Democratic State in Brazil, while the daily massacre of vulnerable classes and groups in prisons happens in large part thanks to the prohibitionist policy of drugs with merely moral bases without benefits to public health. The application of penal abolitionist ideas to drug issues is more consistent with the reality and protection of human freedom and dignity.

**KEYWORDS:** Penal abolitionism; drugs; penal system.

## INTRODUÇÃO

O sistema penal ainda é visto como essencial à manutenção da sociedade, como uma engrenagem imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Este último, considerado o pináculo

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2015). Especialista em Direito do Estado pelo PROJURIS (2018). Pós-Graduando em Criminologia e Direito Penal pela UNINTER/ICPC (2018-). Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2019-) Participante do grupo de pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (Intervepes), da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

da convivência em sociedade, é depósito de confiança de que sua Constituição garante a todos o disposto em seus pomposos textos, que devem ser respeitados pelos três poderes.

Porém, no Brasil garantias constitucionais basilares de um Estado Democrático de Direito são esvaziadas pelo sistema penal. A já delirante crise no sistema penitenciário é agravada por perseguições penais a grupos específicos da sociedade com supressão de garantias processuais.

Ao passo que a Constituição se torna mero pedaço de papel, ideias alternativas, como o abolicionismo penal são consideradas utópicas ao passo que o país já vive uma realidade distópica.

O presente trabalho é realizado através do o método de pesquisa dedutivo, recorrendo ao levantamento bibliográfico, tendo como marco teórico o abolicionismo penal, de doutrina especializada e notícias. São consultadas obras dentre diversas disciplinas como direito, sociologia, criminologia.

Na primeira parte há o confronto do texto constitucional em vigor no Brasil com a realidade no sistema penal. A distância entre o “dever-ser” da realidade levanta questionamentos sobre a existência de um Estado Democrático de Direito ao passo que revela a existência de uma sociedade sem penas diante da existência de um sistema penal seletivo e brutal.

Na segunda parte houve uma preocupação com a desconstrução da noção de crime e criminoso. Reflexões sobre comportamentos considerados moral e convenientemente como criminosos pelas classes dominantes colocam em xeque o funcionamento do sistema penal como arauto do “bem” contra o “mal” atribuído a certos comportamentos de certos grupos.

Por fim, na terceira parte do trabalho há um questionamento sobre a eficácia do combate às drogas, atacando seu principal argumento: a saúde pública. Explicita-se o dano e o estigma causado pela lida do assunto pelo sistema penal e levantando o abolicionismo penal como uma via mais saudável e respeitosa à liberdade e a dignidade humana para a questão.

Apontadas as diretrizes do presente texto, passa-se ao seu desenvolvimento.

## **O SISTEMA PENAL COMO AGRESSÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A REALIDADE DE UMA SOCIEDADE SEM PENAS**

A Constituição Federal é considerada o texto, a Lei Maior, que legitima um Estado Democrático. Ora, se a base do Estado Democrático de Direito é sua constituição, essa deve ser a força que afeta todos os poderes de maneira soberana:

No Estado Democrático de Direito, a Constituição é soberana. Nenhum dos Poderes da República pode se colocar acima dela. Nenhum órgão do Estado está imune à força normativa da Constituição e ao império das leis. A inércia do Poder Público ao aplicar e tornar efetiva a Lei Fundamental exige a atuação segura do Poder Judiciário, cujo dever é fazer respeitar a Constituição e as Leis. (CAMBI, 2018, p. 485).

De fato, a “ausência de comprometimento do Poder Público com a efetivação dos direitos fundamentais inviabiliza as transformações sociais” (CAMBI, p. 484). No entanto, e se houver casos em que o próprio Poder Público seja, não apenas ausente no compromisso com a efetivação de direitos fundamentais, mas institucionalmente responsável pelo desrespeito do texto constitucional? Ainda restaria configurado um Estado Democrático de Direito?

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º uma série de direitos e garantias individuais constitucionais. Dentre eles, encontra-se o inciso LVII, dispondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Porém, no dia 05 de outubro de 2016<sup>2</sup>, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o réu deve cumprir sua pena após decisão em segunda instância, sem possibilidade de responder em liberdade até o último recurso, esvaziando o referido inciso do texto constitucional brasileiro.

De fato, processo penal funciona como um ótimo termômetro para auferir os níveis dos elementos democráticos e autoritários em determinada constituição (KHALED JUNIOR, 2018, p. 23). Logo, esvaziar a presunção de inocência, expressamente prevista em nosso texto constitucional, e instaurar a presunção de culpabilidade é um atestado de forte presença de elementos autoritários.

Partindo, então, da ideia de que em um Estado Democrático de Direito a constituição é soberana, podemos considerar em xeque a afirmação de que existe um Estado Democrático de Direito concretizado no Brasil. Afinal de contas, uma das principais garantias foi desintegrada pelo Poder Judiciário sem os devidos ritos e mecanismos legislativos previstos. Tal alteração não foi só grave por pulverizar o inciso LVII do artigo 5º, mas por tornar ainda mais longe da realidade outro inciso que é mero enfeite em nosso texto constitucional.

No inciso XLIX do mesmo artigo da CF está previsto: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988). Talvez esse seja um dos dispositivos do mundo jurídico, do “dever ser”, que mais se distanciam da realidade brasileira. E o esvaziamento da garantia da presunção de inocência definitivamente acentuará, ainda mais, o já abismo notado entre o real e o mundo das normas.

O professor Salah H. Khaled Jr, aponta para a existência de um “holocausto nosso de cada dia” (2018, p. 57) no sistema carcerário brasileiro. No Estado Democrático de Direito brasileiro, é verdade afirmar que “os presídios brasileiros ainda não foram colonizados pelo direito” (KHALED JUNIOR, 2018, p. 59). Superlotação, alto número de mortes, torturas, direitos e garantias suprimidas, dentre incontáveis outras condições, não por coincidência, consideradas como subumanas. Em plena vigência da Constituição Federal de 1988 o corpo dos presidiários se

---

2 Uma infeliz coincidência com a data de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que ocorreu no dia 05 de outubro de 1988, completando, no dia do esvaziamento de uma garantia essencial a um Estado Democrático de Direito, 28 anos.

encontra à margem dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana. São vidas descartadas pelo sistema, entregues a um moinho de vidas que destrói, estigmatiza, segrega e corrompe não apenas as vidas dos que se tornam clientes do sistema penal, mas também afetando a vida de suas famílias, que perdem um ente, às vezes essencial para seu sustento, sem contar os danos psicológicos causados pela angústia de ver alguém tão próximo condenado a tal ambiente degradável e perigoso. Ora, é um sistema que torna vidas supérfluas, descartáveis. É nítido que o “sistema penal não está na oposição dos massacres, senão que lhes representa, materializando em suas operacionalidades reais o conteúdo programacional do poder punitivo, tão distante da promessa constitucional” (PIRES, 2017, p. 55).

Estudos e teorias abolicionistas penais são rejeitadas por serem consideradas utópicas. Mas afinal, não seria o próprio Estado Democrático de Direito brasileiro uma utopia? O presente estudo é limitado a analisar o alcance real de apenas dois incisos do quinto artigo da Constituição Federal de 1988, mas que representam pilares de qualquer Estado comprometido com a democracia e com a dignidade de qualquer ser humano. Se tornar vidas humanas supérfluas é justamente o efeito da ruptura provocada pelo totalitarismo na perspectiva arendtiana, em que há o esvaziamento da pessoa humana como “valor fonte” de todos os valores (LAFER, 1988, p. 150), o termo escolhido por Salah H. Khaled Jr. é coerente.

Enquanto o Estado Democrático de Direito brasileiro pode ser considerado utópico, Edson Passetti versa sobre a existência de uma sociedade sem penas em nosso meio:

Um breve, mas atento olhar para a sociedade atual notará que práticas abolicionistas acontecem diariamente. Neste sentido, é preciso dizer que a sociedade sem penas já existe e é experimentada pelas pessoas envolvidas em uma situação-problema, quando dispõem a mediação policial ou judicial e encontram soluções conciliadoras. (2006, p. 90)

Nesse sentido, continua versando sobre o fato de o sistema penal não ser criado para responder a todas as ações da qual tem conhecimento, operando por seletividade em relação às classes mais desfavorecidas e, assim, reiterando a existência de mais sociedades sem penas do que se possa imaginar:

É notório que nem todos os chamados delitos chegam ao sistema penal, compondo o que os burocratas chamam de cifra negra. Reconhece-se, assim, a incapacidade estrutural do sistema penal, tanto para garantir a proteção à sociedade contra os chamados indivíduos perigosos que ela cria, quanto para reformar os encarcerados que ela pretende reeducar pela penalização, objetivando redução ou supressão das reincidências. Todavia, a dimensão do fracasso na prevenção à desordem e ao crime não cessa aí. É maior. Está acrescida de um outro acontecimento interno ao sistema penal: sua incapacidade em processar e sentenciar todo aquele que lhe é destinado, devido não só à lentidão dos procedimentos, dos que nenhuma reforma permanente consegue dar conta, mas porque o próprio sistema penal não foi criado para responder a todas as infrações a ele encaminhadas. Desta maneira, conclui-se que o sistema penal processa, prende e sentencia pelo dispositivo da seletividade, e os seus alvos principais se ampliam ou se concentram a partir das populações pobres e miseráveis, das pessoas que atentam contra a moral e dos rebeldes contestadores do conformismo. Portanto, há mais sociedades sem penas do que imagina o simplório e

obediente cidadão. Diante disso, a doutrina da punição pelo direito penal como prevenção geral contra a desordem é a utopia da sociedade disciplinar que migra para a de controle, sob o regime político democrático ou totalitário. (PASSETTI, 2006, p. 90-91)

Logo, poderia se falar que não é utópico considerar meios de resolver problemas sem o sistema penal, por mais que esses problemas envolvam situações de risco, violência e graves danos. Se esse sistema age apenas contra os mais vulneráveis e sobre poucos casos comparados aos números incalculáveis encobertos pela cifra oculta, desrespeitando, excluindo e massacrando seres humanos, utópico é considerar a existência de um Estado Democrático de Direito que tenha tal sistema, com tal *modus operandi*, como indispensável à sua concretização.

Ainda mais perturbadora é a constatação de que o sistema penal age contra atos moralmente tipificados, sobre pessoas pertencentes a classes mais vulneráveis. Age sobre algo que sequer possui uma realidade ontológica: o crime. Ou seja, o sistema penal combate males que ele próprio cria.

## O CRIME NÃO EXISTE

Nils Christie desvenda que não existe uma natureza ontológica do crime, afirmando que “o crime é muito e nada” (2011, p. 16), sendo um conceito manipulável por aqueles que tem o poder de os definir:

O tamanho da população carcerária é frequentemente tido como um reflexo da criminalidade em determinado país. Mas se é tão difícil definir o crime, como explicar a variação no número de presos? Talvez esse problema se possa converter na explicação: já que o crime não existe como entidade estável, o conceito de crime é funcional para todo tipo de controle. É como uma esponja. O termo pode absorver um amplo espectro de atos – e pessoas – quando circunstâncias externas sugerem. No entanto também pode ser utilizado para reduzir seu conteúdo, quando adequado para os que controlam a esponja. Essa compreensão abre o campo para novas questões. Permite uma discussão sobre quando o bastante é o bastante. Pavimenta o caminho para uma discussão sobre o que é uma razoável quantidade de crime. (2011, p. 16)

É perceptível no trecho a afinidade de Christie com um pensamento criminológico questionador do sistema penal. Nesse mesmo sentido, o abolicionista penal Louk Hulsman entende que as ideias preconcebidas sobre o crime devem ser desafiadas para além da consideração do que é “crime” e do que é o “criminoso”, apontando que para encarar os verdadeiros problemas tais imagens devem ser desmistificadas (1993, p. 57). Hulsman afirma: “não existe uma realidade ontológica de crime” (1993, p. 150).

E, de fato, não existe. Um usuário de drogas seria um criminoso? O comerciante de drogas é um criminoso? E uma mulher que realizou um aborto? O contestador do governo é um criminoso? As pessoas que praticam atos sexuais ou se casam com pessoas do mesmo sexo são criminosas? Os devotos de uma determinada religião são criminosos?

Mantendo a linha de raciocínio, Christie então chega à conclusão de que “o crime não existe” (2011, p. 20). O que o criminólogo propõe é a existência de atos que podem ter significados variados conforme determinada situação social. Como exemplo de um desses fatores, ele considera a comunicação interna nas sociedades. Uma sociedade onde há mais conhecimento entre seus conviventes dificulta que situações problemáticas envolvendo as pessoas acabe sendo assunto a ser tratado com membros do sistema penal, e portanto, impede que o rótulo de “crime” seja atribuído ao ato que causou certo problema, bem como impede que o rótulo de “criminoso” seja atribuído ao causador:

Isso gera consequências na percepção do que é o crime e de quem são os criminosos. Em sistemas sociais em que há mais comunicação interna, pode-se colher mais informações à sua volta. Entre pessoas que não se conhecem, funcionários das agências de controle se transformam na única alternativa. Tais funcionários, porém, produzem o crime por sua só existência. O sistema pena é análogo ao rei Midas. Tudo o que este tocava se tornava ouro e, como sabemos, ele morreu de fome. Muito do que a polícia e a prisão tocam se converte em crime e criminosos, e interpretações alternativas de atos e atores se desvanecem. Nesse tipo de sociedade, as atividades de sobrevivência talvez estejam um pouco fora da zona do legalmente aceitável. Uma ampla rede também aumentará as chances de que se encontrem pessoas definidas pelas autoridades como criminosas. Voltamos, assim, ao meu tema geral: atos não *são*; eles se *tornam*. Pessoas não *são*; elas se *tornam*. Uma larga rede social com ligações em todas as direções cria incerteza, no mínimo, sobre o que é crime e quem são os criminosos. (2011, p. 23)

Há no pensamento criminológico a compreensão de mecanismos de criminalização primários e secundários. Quanto aos primários, são os tipos penais, ou seja, as condutas que são consideradas como crime. Como já abordado, “é mais fácil considerarmos como crime os atos dos nossos inimigos do que os nossos próprios atos” (CHRISTIE, 2011, p. 27), explicitando que o etiquetamento de atos como criminosos varia conforme interesses.

Já os mecanismos de criminalização secundários são aqueles relacionados às ações das agências penais: poder judiciário, polícia, sistema carcerário e demais órgãos de repressão à criminalidade. Tais mecanismos são igualmente seletivos quanto os primários: as pessoas que que passam por esses sistemas são sempre as despossuídas, pertencentes a classes sociais mais frágeis e vulneráveis, explicitando que o sistema penal cria e reforça desigualdades sociais (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 75).

O fenômeno identificado como “cifra negra” ou “cifra oculta” da delinquência (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 65) explicita ainda a ocorrência de acontecimentos criminalizáveis, em um grande volume, que são ignoradas, não perseguidas e não conhecidas pelo sistema penal. Tal fenômeno é um dos principais argumentos dos abolicionistas penais:

Tal descoberta constitui um ponto de partida extraordinariamente importante, dentro de uma reflexão global sobre o sistema penal. Como achar **normal** um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apoia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça, etc...) são radicalmente deturpados, na medida em que só se

aplicam àquele número **ínfimo** de situações que são os casos **registrados**. O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma, às avessas. A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas. Os dados das ciências sociais conduzem a uma contestação fundamental do sistema existente. E longe de parecer utópica, a perspectiva abolicionista se revela uma necessidade lógica, uma atitude realista, uma exigência de equidade. (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 66)

Ou seja, o sistema penal não apenas persegue atos já considerados como crimes por critérios morais, como também persegue as pessoas conforme sua classe, ou característica, em determinado tempo e espaço. Louk Hulsman aborda a questão de maneira sensível deixando explícito que uma pessoa pode ser encarcerada conforme aquilo que fez e o que é, de maneira alheia à periculosidade do ato:

Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio, etc., hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é “delituoso” em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é. (HULSMAN, 1993, p. 63)

Nessa esteira, por diversas vezes foram percebidas cruzadas morais de Estados contra certos tipos específicos de pessoas. A Inquisição no século XIII contra os hereges talvez seja o exemplo mais comum a ser lembrado. No entanto, verdadeiros massacres continuam a acontecer em nome de critérios morais. A guerra às drogas é um dos melhores exemplos. Em pleno Estado Democrático de Direito, classes e grupos tem seus direitos e garantias arbitrariamente suprimidos em razão de uma cruzada moral.

## **IRRACIONALIDADE PROIBICIONISTA E SAÍDA ABOLICIONISTA**

Em inúmeros contextos e épocas, sem uma razão consistente, sem motivos concretos de proteção às pessoas, desproporcionalmente aos problemas e carregado de valores morais, Estados optaram por perseguir certos atos e costumes envolvendo o sistema penal.

Tal posicionamento é entendido como proibicionismo:

O proibicionismo, em uma primeira aproximação, pode ser entendido, como um posicionamento ideológico de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal — e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais —, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros. (KARAM, 2007, pp. 181-182).

A proibição do uso e do comércio de determinadas drogas configura uma das mais expressivas políticas proibicionistas. Critérios morais são utilizados para gerar guerras contra

grupos internos e externos das fronteiras dos países.

Estudos comprovam que substâncias consideradas como ilícitas na maioria dos países podem ser menos danosas à sociedade e ao indivíduo do que muitas substâncias consideradas como lícitas. A *Global Commission on Drug Policy* apontou que drogas como LSD, ecstasy e cocaína são menos danosas que o álcool ou o tabaco, explicitando que proibição às primeiras substâncias são desproporcionais, ocorrendo conforme critérios morais, históricos e em distorcidas noções de “bem e mal” (BATCHELOR, 2019).

A imposição à clandestinidade de determinadas substâncias carrega paradoxos que não são compatíveis com a busca da proteção à saúde pública, o pináculo argumentativo do discurso proibicionista em relação às drogas. Um exemplo é a utilização de determinadas substâncias empregadas com fins terapêuticos, como o comprovado efeito positivo da maconha em pacientes com Aids ou sob tratamento envolvendo quimioterapia (KARAM, 2007, p. 191).

Outro paradoxo constatado no discurso proibicionista como protetor da saúde pública é no que diz respeito à qualidade e pureza das substâncias compradas de maneira clandestina, bem como às informações e condições do consumo:

Impondo a clandestinidade à produção, à distribuição e ao consumo, o proibicionismo criminalizador impede o controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando as possibilidades de adulteração, de impureza e de desconhecimento de sua potência, com os riscos maiores daí decorrentes. A intervenção do sistema penal, estendendo-se ao momento do consumo das drogas tornadas ilícitas, igualmente repercute sobre as condições em que tal consumo se realiza. Além de dificultar a informação e a assistência, a clandestinidade conseqüente à intervenção do sistema penal cria a necessidade de aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, o que acaba por se tornar um caldo de cultura para o consumo descuidado e não higiênico, cujas conseqüências aparecem de forma mais dramática na difusão de doenças transmissíveis como a Aids e a hepatite. (KARAM, 2007, p. 191).

É perceptível, portanto, que o discurso da defesa da saúde pública não resiste aos paradoxos encontrados. Pelas características já demonstradas, inerentes ao sistema penal e aos critérios de seleção de capturáveis, bem como pela cifra oculta, fica explícita a função da guerra às drogas: a captura das pessoas provenientes das “classes perigosas” (RODRIGUES, 2012, p. 151).

No Brasil, desde a década de 70, o mito da droga foi utilizado para forjar um novo inimigo interno no processo de democratização para a expansão do controle social. O processo foi evidente:

No início dos anos setenta aparecem as primeiras campanhas de “lei e ordem” tratando a droga como inimigo interno. Permitia-se assim a formação de um discurso político para que a droga fosse transformada em uma ameaça à ordem. As ações governamentais e a grande mídia trabalham o estereótipo político criminal. Na medida em que se enuncia a transição democrática, este novo inimigo interno justifica maiores investimentos no controle social. (BATISTA, 2003, p. 85)

É interessante que após o período militar não se manteve apenas a infraestrutura, de fato, mas houve o reaparecimento dos argumentos que legitimam extermínios, que agora tem um novo

alvo, um novo inimigo, na figura do traficante das favelas, que, contra ele, tudo permitido, tudo é normalizado (BATISTA, 2012, p. 158). Desde a década de 70 até a atual política nacional de guerra às drogas estabelecida pela Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), o estereótipo do criminoso não foi alterado. O resultado foi o massivo encarceramento de jovens negros e muito pobres, vivendo em situação de vulnerabilidade, em grandes centros urbanos, sendo, na maioria das vezes, consumidores e/ou pequenos varejistas, sendo extremamente raros os aprisionamentos de grandes empresários do tráfico presos (CARVALHO, 2015, 635).

Ou seja, além de a saúde pública não ser garantida, vez que as drogas ilícitas continuam sendo vendidas e consumidas sem controle de qualidade na função recreativa, bem como sendo impossibilitadas de serem usadas quando reconhecidas suas finalidades terapêuticas em tratamentos de certas doenças, a política de guerra às drogas contribui para o agravamento da crise carcerária no Brasil sem uma relevância aparente, mostrando caráter racista e classista da perseguição estatal. O Estado Democrático de Direito não existe no Brasil e muito se deve à legitimação de um completo desrespeito à liberdade e dignidade humana causado por uma cruzada moral contra as drogas. O “holocausto nosso de cada dia” em curso contra a juventude pobre negra acumula pilhas de corpos e ruínas.

A aplicação do abolicionismo penal à questão das drogas é urgente. É compromisso com a liberdade, com a saúde pública, com a dignidade, com o combate à hipocrisia, ao racismo e à desigualdade. É afastar discursos que ocupam o senso comum e compreender que a supressão do uso de psicoativos é uma meta inatingível (RODRIGUES, 2012, p. 151) que causa terríveis ruínas, acumulando dor e sofrimento de classes e grupos despossuídos e vulneráveis.

O consumo acontece, assim como outros crimes acontecem e são resolvidos sem a intervenção fria e universalizante do sistema penal. Portanto, abolir castigos relacionados à questão das drogas é abolir massacres contra grupos vulneráveis e afirmar um comprometimento com uma sociedade mais livre:

A liberação, tal qual a abolição, já existe nas práticas cotidianas e o proibicionismo seria um movimento inerte – já que o consumo de psicoativos no mundo avança ano a ano - se não fosse um mecanismo eficaz de reforço à lógica da prevenção geral. Daí a necessidade em questioná-lo, destacando sua historicidade, como os planos políticos e morais que o sustentam. Procuram-se, assim, caminhos para a ampliação da liberdade. Liberdade que se coloca não como um fim ou bem supremo a ser buscado como utopia, mas como uma prática a ser vivida pelo questionamento constante das verticalidades e pela afirmação de novos contatos que cortejem a supressão das hierarquias e que passem pela identificação da justiça criminal como uma força perpetuadora de agressões e violência. No quadro amplo das discussões abolicionistas, o tema do proibicionismo e sua problematização traz à tona tópicos éticos de grande importância que destacam a brutalidade das imposições de comportamento e das castrações de si. A abolição do castigo implica a abolição da vontade de vingança e da vontade de juízo. (RODRIGUES, 2012, p. 151)

A diferença é que haveria uma inversão da lógica e da linguagem universalizante e

totalizadora inerente à linguagem penal, rejeitando eventuais problemas criados em razão do uso de psicoativos como “crime”, e tratando a situação como um problema a ser resolvido, como propõe Hulsman em sua teoria abolicionista (1993, pp. 95-99), por meio de “respostas-percurso” únicas e jamais generalizáveis (PASSETTI, 2003, *apud* RODRIGUES, 2012, p. 148).

Assim como ocorre com em outros comportamentos humanos não tipificados, as situações envolvendo violências não voluntárias em razão do consumo de substâncias psicoativas ocorreriam, mas seriam deslocadas das situações universais do sistema penal para soluções individualizadas e mais eficazes (RODRIGUES, 2012, pp. 150-151).

Portanto, a aplicação de ideias abolicionistas penais na questão das drogas não apenas significaria uma melhora na saúde pública como contribuiria como um significativo passo para um avanço no respeito à diversidade, dignidade e liberdade humanas. Não há que se falar em utopia nessa abolição. Há que se falar em uma utopia no Estado Democrático de Direito enquanto se promove o massacre de vulneráveis com base em pautas meramente morais.

## **CONCLUSÃO**

Se é verdade afirmar que um Estado Democrático de Direito é consolidado como uma soberania da constituição, o Brasil não é um Estado Democrático de Direito. Afinal, um dos princípios mais relevantes no texto constitucional é (melhor dizendo, era) a presunção de inocência, que foi completamente esvaziado pelo Poder Judiciário.

Tal esvaziamento agrava ainda mais a já crítica situação nos presídios brasileiros, acumulando ainda mais pilhas de corpos e vidas em situações e exposições a condições desumanas, tornando mero enfeite a garantia constitucional de preservação da dignidade dos presos. Portanto, a relativização e desrespeito do Poder Judiciário brasileiro a um dos núcleos de qualquer Estado Democrático, a presunção de inocência, coloca em xeque a percepção de um Estado Democrático brasileiro, tendo em vista que pessoas das classes mais pobres são afastadas de qualquer expectativa de dignidade por serem seletivamente capturadas pelo sistema penal.

Paradoxalmente, em razão do funcionamento estrutural do sistema punitivo, existem práticas abolicionistas exercidas no cotidiano de qualquer sociedade entre indivíduos que resolvem seus conflitos de maneira conciliatória fora do sistema penal, contribuindo para a cifra oculta: esses conflitos jamais chegam ao conhecimento das autoridades, não viram estatísticas criminais, e os envolvidos não serão rotulados de criminosos.

As vidas que são submetidas à dor irracional e à estigmatização causada pelo sistema penal o são por comportamentos que sequer podem ser compreendidos como detentores de uma intrínseca maldade, de uma realidade realmente danosa, vez que o crime sequer possui uma realidade

ontológica. Ao contrário, quem define o que é considerado como crime são as classes dominantes, através de conceitos morais e convenientes para manutenção do *status quo*.

A questão das drogas consideradas como ilícitas é um dos maiores exemplos da referida seletividade. O proibicionismo no que se refere ao uso e comércio de psicoativos pode ser considerado uma pauta moral, vez que não há lógica na proibição de substâncias como maconha, LSD, ecstasy, dentre outros, enquanto substâncias tão ou mais nocivas são legais e moralmente aceitas como álcool e tabaco.

Aliás, o proibicionismo é, por si só, um entrave à saúde pública. A proibição de substâncias comprovadamente eficazes para uso terapêutico no tratamento de determinadas doenças e falta de controle de qualidade e informação sobre substâncias que jamais deixarão de ser consumidas em razão de lei são ótimos exemplos para explicitar o enorme e irracional paradoxo presente no proibicionismo de drogas.

No Brasil a guerra às drogas foi amplamente usada para ampliar o controle social na época da democratização e hoje contribui para o encarceramento em massa da juventude pobre e negra do país. Há a explícita relação do proibicionismo com o controle social e estigmatização das classes e grupos vulneráveis, não com saúde pública.

As práticas abolicionistas seriam saídas coerentes para o respeito à dignidade humana, à liberdade e muito mais eficazes como promoção da saúde pública. Ao mesmo tempo que removeria conceitos puramente morais para encarcerar e massacrar a vida de jovens negros e pobres, concederia aos indivíduos a opção de consumir substâncias com controle de qualidade, bem como utilizá-las para fins terapêuticos, longe da linguagem e da lógica universalizante, seletiva e estigmatizadora da pena.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. **História sem fim**. IN PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATCHELOR, Tom. **Illegal drugs less harmful than alcohol and tobacco and should be reclassified, finds major report**. Independent, 2019. (online) Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/cocaine-ecstasy-drug-classification-alcohol-tobacco-damage-illegal-ban-a8976166.html> (acesso em 17 de julho de 2019).

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas**

públicas e protagonismo judiciário. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CARVALHO, Salo de. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira** : a decisiva contribuição do poder judiciário. Publicado in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp 623-625.

KHALED JUNIOR, Salah H. **Discurso de Ódio e Sistema Penal**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, Letramento, 2018.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

KARAM, Maria Lúcia. **Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais**. Publicado in Verve, n.º 12, São Paulo, Nu-Sol, 2007 pp. 181-212.

PASSETTI, Edson. **Ensaio sobre um abolicionismo penal**. Publicado in Verve, n.º 9, São Paulo, Nu-Sol, 2006 pp. 83-114.

\_\_\_\_\_. **Abolicionismo penal**: um saber interessado. In **Anarquismos e sociedade de controle**. São Paulo, Editora Cortez, 2003.

PIRES, Guilherme Moreira; **Abolicionismos e anarquismos**: potências, dissidências e resistências. Complexidades par além das leis e da prisão-prédio. IN PIRES, Guilherme Moreira; CORDEIRO, Patrícia. **Abolicionismos e cultura libertária**: inflexões e reflexões sobre estado, democracia, linguagem, delito, ideologia e poder. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

RODRIGUES, Thiago. **Drogas, proibição e abolição das penas**. IN PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.